UNIVERSAL LIBRARY



حقوق مدنی

تالیف

میرزا سید مصطفی خان عدل
(منصور السلطنه)

۱۳۰۸

قیمت مقطوع دو تومان

طهران مطبعه شفق

غلط نامه

صفحه	سطر	غلط	صحیح
۷	۲	مخصوص	منصوص
۲۸	٤	اباهه	اباحه
٤٠	۱۳	محدود	مسدود
٤٠	۲۲	اثاثه	اساسه
٤۳	۱٤	تخطی	زیاداست
٦٤	۱٦	حق این	این حق
۷٥	۱٥	آمزا	آنرا
۸٠	۱٥	ملك	مالك
۸۷	۲۳	قسمتی	قسمی
۸۹	۲۳	مادم	مادة
۱٠٥	۲۱	ایضاء	ایداء
۱۱٠	۳	متقاعدین	متعاقدین
۱۱۱	۱۷	رهن	ودیعه
۱۱۲	۲٠	قصدعقد	عقدقصد
۱۲۳	۱	تقهد	تعهد
۱۲٥	۲٥	ازمشردو که مقصوع	که مقصود از مشروع
۱۲٦	۲۲	بمتعد له	بمتعهد له
۱۳۱	سر صفحه	تعدات	تعهدات
۱۳٤	۱٤	متهعد	متعهد
۱٥٤	۲۱	متعاهل	متعامل
۱٥۷	۱٥	ممکی	ممکن
۱٥۸	۱۱	متعد له	متعهد له
۱٥۸	۲٤	بمتعد له	بمتعهد له
۱۷۲	۱۲	متعد له	متعهد له
۱۷٥	۲۱	ممکی	ممکن
۱۸۲	۲٠	محبث	مبحث
۱۸۳	۳	عینه	عینیه
۲۱٠	۲٦	موجب مرور شروع زمان	موجب شروع مرورزمان
۲۲٤	سر صفحه	در نتیجه شبه جرم	درغصب
۲۲٦	۲	مغصوبه	مغصوب

غلط نامه

صفحه	سطر	غلط	صحیح
۲۲۷	۷	٤١٤	٣١٤
۲۲۸	۲۲	استیاء	استیفاء
۲۹۸	سر صفحه	درخیارات	در بیع شرط
۳۰۱	٦	اصالت صحت کرده	اصالت صحت‌را برقرار کرده
۳۱۸	۲۱	اشکالی است	اشکالی
۳۲۷	٥	۸٥٦	٥۸٦
۳٤۷	۲۳	عبارت	عبارتست
۳٤۹	۹	٥۳٤	٦۳٤
۳٥۲	٦	مبحث سوم	زیاداست
۳٦٦	۱۷	داده	داده‌باشد
۳۷۰	۲۰	٥۸۹	٦۸۹
۳۷۸	۲۰	۸۰۷	۷۰۸
۳۷۸	۲۳	متثنیاتی	مستثنیاتی
۳۹۷	٤	عینه	عینیه
۳۹۸	۲٦	بعبار	بعبارة اخری
٤۱۱	۲٤	مضموله	مضمون له
٤۱٥	۱	و معلول	و نه معلول
٤۲٤	۱٦	مادة مادة	مادة
٤٤۱	۱۷	ثمن مبیع باطل	ثمن مبیع بیع باطل
٤۸٦	٦	چهارهم	چهارم
٥۲۸	۱٦	۳٤۹	۹٤۹
٥٤۱	۲٦	جدة پدر	جدة ابی پدر
٥٤۱	۲٦	جدة مادر	جدة امی مادر
٥٥۳	۱۸	۱۰۷	۱۰۸
٥٥۷	۹	ورات	وارث
۲ فهرست	٤	احاء	احیاء

برای اینکه قارئین محترم از علت تألیف وانتشار این کتاب مسبوق باشند توضیحا معروض میدارد که تدریس علم‌حقوق مدنی درمدرسه عالی علوم سیاسی وحقوق وهمچنین در کلاس قضائی وزارت عدلیه از طرف اولیای وزارتین جلیله معارف وعدلیه بعهدهٔ نگارندهٔ واگذار گردید واین جانب‌نیز برای تدریس علم مزبور یادداشت هائی تهیه نمودم جمعی ازدوستان نگارندهٔ را تشویق باین امر کردند که یاد داشت های خود را بطرز کتابی منتشر کنم این تشویق بلااثر نماندهٔ ونگارندهٔ را وادار نمودکه مسئول دوستان را قبول وبامر آنان‌اطاعت نمایم اینست که بانتشار حقوق مدنی مبادرت کردم ولی بدیهی است که ارباب فضل نباید تصور نمایند که مقصود مؤلف نگارش کتاب فقه بودهٔ بلکه فقط مقصود توضیح مواد قانون مدنی است ودر هرحال امیدوار چنانم که فضلا و دانشمندان سهو وخطایائی را که‌ممکن است مشاهدهٔ فرمایند بنظر اغماض نگریسته و بر روی آنها قلم عفو خواهند کشید .

مصطفی عدل

حقوق مدنی

باب اول

مقدمه

فصل اول

در تقسیمات علم حقوق

۱ ــ انسان طبیعتاً آمـال و احتیاجاتی داردکه همه روزه با توسعه وپیشرفت تمدن در تزاید میباشد و چون نوع بشر مدنی الطبع است و باید با یکـدیگر معاشرت نماید لـذا ناچار است که با یکدیگر ایجاد روابط کند ، و غالبا آمال و احتیاجات بشر شبیه به یکدیگر بوده واز این نقطه نظر لاینقطع بین آمال افراد و یا آمال هیئت های جامعه تصادم و اصطکاك واقع شده تولید اختلافات و تشاجر میشود .

در اوایل خلقت ، برای حل اختلافات مزبوره متوسل بزور میشدند ، و هر فرد یا جامعه که پر زورتر بود امیال و بالکه هوا و هوس خود را بر دیگران تحمیل می کرد ، ولی بتدریج فکر تنظیمات در ذهن مردم خطور کرده ــ و شالوده اول علم‌حقوق ریخته شد .

پس ، بدینطریق ؛ علم حقوق عبارت خواهد بود از مجموعه نظامات و اصولی‌که روابــط افراد مردم را با یکدیگــر منظم نموده و باید بوسیله قوه قهریه به موقع اجرا گذاشته شود .

نظامات و اصول مزبوره قواعد حقوقی و یا قانون نامیده میشود .

در نتیجه قواعد حقوقی و یا قانون برای افراد تولید توانائی میشود که بموجب آن میتوانند اراده خود را در روابط با یکدیگر بهمدیگر تحمیل کنند ، واین توانائی به

حق تعبیر میشود ؛ بعبارت اخری ، برای مردم در نتیجه قواعد حقوقی تولید حق می شود که آنرا بدیگران تحمیل کرده و آنها را مجبور برعایت آن مینمایند . گرچه حق مفرد حقوق و حقوق جمع حق است ، لاکن بین این دو لغت که یکی بطور جمع و دیگری بطور مفرد استعمال میشود ، در اصطلاح فرق کلی میباشد ، زیرا کامه حقوق علاوه بر آنکه بمعنی جمع حق استعمال میشود معنی خاصی نیز دارد ، وآن عبارت است از آشنائی بعلم‌قوانین که علم حقوق‌نیز گفته میشود .

۲ – از نقطه نظر موضوع علم حقوق بدو شعبه عمده تقسیم میشود : حقوق ملی یا داخلی ، و حقوق بین المللی یا خارجی .

ا – حقوق ملی یا داخلی – حقوق ملی یاداخلی عبارت است از آن قسمت از علم حقوقی که مخصوص هر ملت است و قواعد آن فقط روابط موجوده بین افراد یك ملت را تحت تنظیم در می‌آورد . حقوق داخلی نیز بنوبه خود بحقوق داخلی عمومی و بحقوق داخلی خصوصی تقسیم میشود :

(الف) – حقوق داخلی عمومی آن است که طرز تشکیلات دولت را معین و روابط بین افراد و دولت را تنظیم می نماید . حقوق داخلی عمومی برسه شعبه تقسیم می شود :

اول – حقوق اساسی که بموجب آن تشکیلات اساسی و قوای عمومی مملکت و روابط آنها با یکدیگر معین میشود .

دوم – حقوق اداری که به موجب آن طرز جریان امور ادارات عمومی از قبیل وزارت خانه ها و غیره و روابط افراد با ادارات مزبوره معین میگردد .

سوم – حقوق جزائی که به موجب آن اعمال مخالف انتظامات عمومی تشخیص و طرز مجازات آنها نیز معین می گردد ، و این قسمت شامل بر حقوق جزائی واصول محاکمات جزا است .

(ب) – حقوق داخلی خصوصی آن است که روابط بین افراد را اعم از اینکه مربوط بامور خانوادگی و یا مربوط بامور مالی آنها باشد تنظیم می نماید ، این رشته از علم حقوق نیز بنوبه خود بر سه شعبه تقسیم میشود :

اول ــ حقوق مدنی کــه به موجب آن روابط عادی بین مردم معین گشته و وضعیت آن ها را در هر موردی که تابع قانون مخصوص نباشد تحت تنظیم در می آورد ، و بهمین مناسبت این رشته از علم حقوق اهمیت خاصی را حائز و آنرا حقوق خصوصی عادی مینامند .

دوم ــ اصول محاکمات حقوقی که به موجب آن افراد مردم می توانند بوسایل قانونی متوسل کــردند تا حق خود را کــه تضییع یا تفریط شده است در نزد محاکم ثابت نمایند .

سوم ــ حقوق تجاری که بموجب آن قواعد مخصوصه کــه خواه راجع بتجار و خواه راجع بامور تجارتیست معین میگردد .

II حقوق بین المللی یا خارجی ــ حقوق بین المللی یا خارجی آن قسمت ازعلم حقوق است که مربوط بروابط بین ملل مختلفه باشد و مثل حقوق ملی یاداخلی بعمومی و خصوصی تقسیم میشود .

(الف) حقوق بین المللی عمومی ــ این رشته ازعلم حقوق روابط مستقیم دولت هارا با یکدیگر معین مینماید و بنابر این عهدنامجات ازهرقبیل وهمچنین قرار دادهای بین المللی و امثال این امور که مربوط بروابط بین دو دولت باشد داخل در مباحث حقوق بین الملل عمومی میباشد .

(ب) حقوق بین الملل خصوصی ــ این قسمت ازحقوق مربوط بروابط افراد یك ملت است با اجانب ویا با دول اجنبی ، و بنا براین کلیه مسائل مربوط بحل اختلاف بین قوانین ممالك مختلفه و تشخیص اینکه در یك موضوع کدام قانون باید حاکمیت کند از جمله مباحث حقوق بین الملل خصوصی است : مثلا اگر یك تبعه خارجه در ایران بمیرد و در این مملکت دارائی داشته باشد باید معلوم نمود که آیا این قسمت ازمتروکات او تابع قوانین ایران خواهد بود ویا تابع قوانین دولت متبوع خود متوفی و تعیین این امر از جمله موضوعات حقوق بین الملل خصوصی است.

فصل دوم
در وضع و انتشار واجرای قوانین

۳ ـ بطوری که مذکور شد قواعد حقوقی عبارتست از قوانین . ـ کلمه قانون ماخوذ است از لغت (کانون) یونانی که بمعنی قاعده و ترتیب است و در اصطلاح حقوقی قانون عبارت است از قواعدی که با رعایت تشریفات خاصه از طرف قوه مقننه وضع می گردد .

در اغلب ممالك كه مملکت ایرانهم از آن جمله است دوقسم قوه مقننه ودو قسم قانون موجود است :

قوه مؤسسه یا قوه مقننه فوق العاده که قوانین اساسی را وضع میکند و یا تغییر میدهد ، و قوه مقننه عادیه که قوانین عادیه را وضع مینماید و تدقیق در این مطالب از موضوعات خاصه حقوق اساسی است .

مطابق قانون اساسی وضع قوانین عادیه از وظایف مجلس شورای ملی و مجلس سنا میباشد و مادامی که مجلس سنا تشکیل نشده است تصویب مجلس شورای ملی کافی خواهد بود . ولی برای اینکه امری قانونیت پیدا کند یعنی قوه مجریه ملزم باجرا و افراد مردم مجبور برعایت آن باشند ، تصویب قوه مقننه کافی نخواهد بود بلکه مطابق قانون اساسی رئیس مملکت که عبارت از شخص اعلیحضرت شاهنشاهی میباشد باید آنرا بصحه ملوکانه موشح نماید .

٤ ـ بمحض اینکه امری بتصویب قوه مقننه رسید وبصحه ملوکانه موشح شد ارکان قانونیت آن کامل و باید بوسیله قوه اجرائیه بموقع اجرا گذاشته شود ! لکن برای این که بتوان مردم را برعایت آن مجبورداشت ، ودرصورت عدم رعایت افراد را مسؤل قرار داد ، لازم است که قوانین موضوعه قبلا باطلاع مردم برسد .و همین نکته است که بموجب ماده اول قانون مدنی پیش بینی شده ، چه مطابق ماده مزبوره « قوانین باید در ظرف سه روز از تاریخ توشیح بصحه ملوکانه منتشر شود » پس مهلتی که برای انتشار قوانین مقرراست عبارتست ازسه روز که مبدء آن روز توشیح بصحه ملوکانه میباشد

۵ ـ ولی انتشار قانون دلالت بر آن ندارد که مردم از آن مسبوق ومستحضر شدد

اند : زیرا از یکطرف ، مردم باید بدانند که قانون بچه وسیله منتشر میشود تا بتوانند از آن استحضار حاصل کنند . و از طرف دیگر ، باید بمردم مهلتی داده شود که به قانون منتشر شده ، خواه مستقیما و خواه بطور غیر مستقیم ، مراجعه کرده و از مفاد آن اطلاع بهمرسانند ، وبرای تامین این دونکته‌است که ماده دوم وسوم قانون ترتیب خاصی برای انتشار ومهلتی برای اطلاع یافتن مردم مقرر داشته است چه‌مطابق ماده سوم « انتشار قوانین باید در روز نامه رسمی بعمل آید . » پس ، مادامیکه قانون درروز نامه رسمی منتشر نشده است : هیچکس را نمیتوان از محتویات و حتی از وجود آن مسبوق تصور نمود مگر در مواردی که قانون گذار ترتیب مخصوصی برای انتشار یابرای مهلت اجرا اتخاذ نموده باشد ، و همچنین ، بموجب ماده دوم ، مدتی برای لازم‌الاجراء شدن قوانین معین شده ، و در این موضوع ماده مزبورچنین‌مقرر میداردکه « قوانین درطهران ده روز پس‌از انتشار ودر ولایات بعد از انقضاء مدت مزبور باضافه یکروز برای هر شش فرسخ مسافت تا طهران لازم‌الاجرا است مگر اینکه خود قانون ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر گرده باشد . »

پس بر طبق این ماده ، برای‌اینکه‌مردم‌مسبوق از وجود قانون محسوب ، وقانون هم لازم الاجرا گردد علاوه بر انتشار ، باید درطهران ده روز از انتشار ، بگذرد و در ولایات‌هم این‌مدت به اضافه یک‌روز برای هرشش فرسخ فاصله تا طهران .

همینکه قانون بر طبق اصول مقرره وضع گردید ، و بصحه ملوکانه موشح شد ، و سپس مطابق مقررات مذکور فوق منتشر شد و مدتی هم که بموجب ماده دوم قانون مدنی مقرر است منقضی گردید ، قانون لازم الاجرا می شود ، و دیگر هیچکس نمیتواند نسبت بان ادعای عدم اطلاع کرده و جهل خود را بهانه عدم رعایت قانون قرار دهد ، زیرا ، برای آن که افراد از وجود قانون مسبوق و خود را مکلف برعایت آن‌بدانند تمام احتیاطات لازمه اتخاذ گردیده ، و اگر یك نفر ، با وجود وسائلی که برای مسبوق شدن عامه از مفاد قانون اتخاذ شده است ، بمقام استطلاع از آن بر نیامده باشد خودباید متحمل نتائج حاصله از عدم اقدام خود گردد ، و بهمین جهت است که گفته اند « جهل بر حکم رفع تکلیف نمی کند»

٦ ــ در اجرای قوانین دو موضوع ممکن است تولید اشکال نماید ، یکی نسخ قوانین و دیگری تفسیر قوانین .

نسخ قانون عبارتست از اینکه قانونی از داشتن اعتبار قانونی بیفتد ، و بدیهی است برای این که نصی از قانونیت بیفتد باید این اعتبار را قوه مقننه از آن سلب کند ، پس هیچ قوه نمی تواند قانون را نسخ کند مگر قوه که آن را وضع کرده باشد .

نسخ قانون سابق بوسیله قانون لاحق ممکن است صریح باشد یا ضمنی :

نسخ قانون وقتی صریح است که در قانون لاحق صراحتا ذکر شده باشد که فلان قانون ، یا فلان ماده از فلان قانون ، نسخ می شود . و نسخ ضمنی وقتی است که در قانون لاحق بهیچوجه نسخ قانون سابق تصریح نشده باشد ، یا بطور کلی ذکر شده باشد که مقررات سابق که مخالف این قانون باشد نسخ میشود ، ولی مفاد قانون لاحق مخالف با مفاد قانون سابق باشد ، بعبارت اخری ، اجرای هر دو قانون در آن واحد غیرممکن باشد ، در این صورت قانون سابق ضمنا نسخ میشود ، ولی فقط در حدودی که قانون لاحق غیر قابل التیام با قانون سابق باشد

نسخ ضمنی قانون مبتنی بر این اصل است که هر گاه مقنن دو اراده مخالف اظهار کرده باشد باید اراده لاحق که وجود فعلی دارد بر اراده سابق حکومت کند و بنا بر این در تشخیص نسخ ضمنی باید خیلی احتیاط نمود ، زیرا ممکن است که قانون منسوخ فرض شود . در صورتی که نظر مقنن بهیچوجه در نسخ آن نبوده است . و برای این منظور باید قانون سابق را فقط در قسمتی منسوخ فرض نمود که اجرای آن تواما با قانون لاحق غیر ممکن و این عدم امکان هم حقیقی باشد . پس اگر دو قانون وضع شود که ظاهرا با هم متناقض باشند ، ولی یکی راجع بحکم کلی باشد و دیگری را بتوان حکم خاصی در مورد بخصوص فرض نمود ، باید بهمین طریق این قانون را در آن مورد به خصوص اجرا کرد بدون این که به موارد دیگر سرایت داده شود .

از مطالب فوق چنین نتیجه می گیریم که نه نص خاص حکم کلی را نسخ می

کند . و نه حکم کلی نص خاص را ، و علت این ترتیب آن است که در هر دو صورت نص خاص باید استثناء بحکم کلی فرض شده و در همان مورد مخصوص بخصوص رعایت گردد .

۷ ــ تفسیر قانون عبارتست از تعیین معنی آن ، و لزوم تفسیر نه فقط نتیجه مبهم یا ناقص بودن قانون است ، بلکه لازمه خود قانون میباشد . زیرا بر فرض اینکه قانون ابهام نداشته و با کمال صراحت نیز انشاء شده باشد ، باز گاهی در عمل محتاج به تفسیر خواهد بود ؛ بعلت اینکه غالبا واضعین قانون نمیتوانند تمام موارد را پیش بینی کنند و بهمین جهت احکام کلی را ضمن قانون وضع مینمایند ؛ و بنا براین برای تطبیق حکم کلی باموضوعات خاصه لازم است که قانون تفسیر شود .

شاید در بادی امر ، این اظهار مخالف با قسمت اخیر اصل ۲۷ متمم قانون اساسی تلقی گردد چه بموجب آن « شرح و تفسیر قوانین از وظایف مختصه مجلس شورای ملی است » ولی ، این اختلاف فقط ظاهری است زیرا که تفسیر بر دو نوع است : تفسیر شخصی و تفسیر رسمی .

۸ ــ تفسیر شخصی عبارتست از تفسیری که بطور غیررسمی از طرف اشخاص بعمل میاید مثل علماء در علم حقوق و غیره . اینقسم تفسیرهارا میتوان فتوی نامید مثلا فلان عالم در کتاب خود مینویسد که بعقیده من مستفاد از فلان قانون فلان امر است و عقیده یافتوای خود را مستدلادر این زمینه معین مینماید . تفسیرهای خصوصی بهیچوجه رسمیت نداشته و لازم الاتباع نمیباشد ، ولی نسبت بانها نمیتوان اعتبارمعنوی را که دارا میباشد منکر شد ، زیرا غالبا همین تفسیرهای خصوصی است که میتواند درموقع اصلاح قوانین راهنمای مقننین ، و در موقع اعمال و اجرای آن راهنمای قضاة یا مجریان قانون گردد .

۹ ــ تفسیر رسمی عبارتست از تفسیری که از طرف مقامات رسمی بعمل میاید و مقام رسمی که میتواند قانون را تفسیر کند عبارتست از قوه مقننه و محاکم .

تفسیر قانون بوسیله قوه مقننه مثل قانون جدید بوده ورعایت آن برای تمام اهالی مملکت لازم است ، و همین تفسیر قانون است که منظور اصل ۲۷ متمم قانون اساسی بوده و آنرا منحصر بمجلس شورای ملی کرده است و اگر در عبارت این اصل که فوقا مذکور شد

دقت شود معلوم میگردد که این حق مخصوص مجلس شورای ملی‌است ، و بنابر این‌بر فرض اینکه مجلس سنا هم تشکیل‌شود ، فقط مجلس‌شورای ملی حق خواهد داشت‌که‌قوانین را تفسیر قانونی کند .

۱۰ - تفسیر قضائی تفسیری است که محاکم درحین انطباق قوانین‌با موضوعات خاصه مینمایند ، وبر عکس تفسیر قانونی که منحصر بمجلس شورای ملی بوده و رعایت آن برای عموم لازم‌است ، تفسیر قضائی لازم‌الاتباع نمیباشد مگر نسبت بمتداعیین وآن هم در موردی که موضوع حکم بوده است . توضیح آنکه مطابق مادهٔ سوم قانون اصول محاکمات حقوقی « محاکم عدلیه مکلفند که‌بدعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده وبموجب آن حکم داده یا فصل نمایند و در صورتیکه قوانین‌موضوعه مملکتی کامل یا صریح نباشد و یا ناقص و متناقض باشد باید محاکم عدلیه موافق‌روح ومفاد عمومی قوانین موضوعه امور را قطع و فصل نمایند . » و همچنین مطابق مادهٔ چهارم قانون مزبور « ابـداً ممنوع است که محاکم عدلیه بعذراینکه قوانین موضوعه مملکتی کامل یا صریح نیست ویا ناقص و یامتناقض است صدورحکم را توقیف کنند . متخلفین از این قاعده در حکم اشخاصی خواهند بود که استنکاف از احقاق حق کرده باشند » و بالاخره مادهٔ ۱۵۰ قانون مجازات عمومی حکم مستنکفین از احقاق حق را معین کرده ومقرر میداردکه ، « هر یک‌از قضاة محاکم .... که تظلمی مطابق شرایط قانونی نزداو برده شده‌ورسیدگی بآن از وظایف او بوده وبا وجود این بهر عذر وبهانه اگرچه بعذرسکوت یا اجمال‌یاتناقض‌قانون امتناع از رسیدگی کند ... از شغل قضائی منفصل و بعلاوه بـه تادیه خسارات وارده نیز محکوم خواهدشد »

از ملاحظه مواد مذکور فوق کاملا مبرهن است که حکام محـاکم باید قوانین را در موارد بخصوص که میخواهند رسیدگی‌کنند تفسیر نمایند ، و الا چگونه ممکن‌است که قاضی را از یکطرف از تفسیر قوانین ممنوع نمود ، و از طرف دیگر مجبور کرد که در صورت مبهم یاناقص و یا متناقض بودن قوانین مطابق روح ومفاد عمومی آنها حکم دهد منتهای مراتب تفسیر قضائی قوه واعتبار تفسیر قانونی را نخواهد داشت ، یعنی بر عکس تفسیر قانونی که قبول و رعایت آن‌برای عموم‌لازم‌است ، تفسیر قضائی لازم الاتباع

نمیباشد مگر برای متداعیین و آنهم در مورد بخصوصی که موضوع حکم بوده است ، بنا بر این نه فقط محاکم دیگر مجبور نمیباشند که نظر یك محکمه را در موضوع مفهوم قانون رعایت کنند ، بلکه خود آن محکمه هم میتواند بعد ها در قضایای مشابه دیگر نظر مخالفی اتخاذ نماید ، وفقط تفسیرهای ناشیه‌از طرف دیوان‌عالی‌تمیز است که در صورت تکرار و تائید نظر واحد ، میتواند برای محاکم تالی سرمشق گردد و همین تفسیر است که متدرجا اصول قضائی را تشکیل میدهد .

در مسائلی که نظری بوده و قاضی باید برطبق استنباطات خود از مفهوم قوانین حکم دهد ، اصول قضائی اهمیت خاصی را حائز است ، چه حاکم قضیه اصول مزبوره را در نظر گرفته و آنرا برای استنباط خود راهنمای اساسی قرار میدهد ، و همین استفاده را اصحاب دعاوی نیز میتوانند بنمایند ، زیرا که صاحب دعوی باید قبل از اقامه دعوای خود نتایج ممکن الحصول آن را درنظر بگیرد ، واگر ملاحظه کرد که اصول قضائی متخذه با منافع او وفق نمی دهد نباید دعوی را که قبلا معلوم است منجر به محکومیت خواهد شد اقامه کند ،

در تفسیر قضائی قاضی باید نه فقط ملاحظه عبارات قانون را بنماید بلکه باید تااندازهٔ بروح قانون و بنظر مقنن پی ببرد ، زیرا ممکن است که اجرای تحت اللفظی قوانین نه تنها مخالف با نظریات مقننین ، بلکه غیر مقدور ، و یا مخالف بامصالح عمومی هم باشد ، و بمناسبت همین اهمیت تفسیر قضائی است ، که قضاة باید آنرا با کمال احتیاط و بامعرفت بتمام جزئیات قانون اعمال کنند ، تا رأی آنها موافق با نظر مقنن ومصالح عمومی بوده و در محاکم عالیه مواجه با فسخ یا نقض نشود

فصل سوم
در اثرات قوانین

۱۱ ـ اثرات قوانین ممکـن است از دو نقطه نظر مورد بحث شود : اولا از حیث زمان و ثانیا از حیث اشخاص و مکانی که در آنجا باید اجراء شود.

فقره اول - اثرات قوانین نسبت بزمان

۱۲ ـ بموجب مـاده چهارم قانون مدنی « اثر قانون نسبت بآتیه است و قانون نسبت بما قبل خود اثر ندارد مگر اینکه در خود قانون مقررات خاصی نسبت باینموضوع اتخاذ شده باشد.» قاعده که بموجب این ماده وضع شده است همان اصل عدم تاثیرقانون در ماقبل است ، این اصل هم موافق با عقل و هم موافق با منافع اجتماعی است :موافقت آن با عقل از این حیث است که اجباری بودن قانونی که هنوز وجود ندارد عقلاقابل تصور نیست و اگـر قوانین نسبت بما قبل خود موثر میبود همین وضعیت مخالف عقل ایجاد میگشت یعنی چیزی کـه هنوز وجود خارجی ندارد تولید اثرات مینمود ؛ و بعلاوه قوانین یا آمر و یا ناهی و یا مبیح میباشند ، یعنی یا چیزی را امر ، و یا چیزی‌را نهی‌میکنند، ویا چیزی را مباح میدارند ، وهیچ ممکن نیست تصور نمود که یك امر یایك نهی نسبت بزمان گذشته صادر گردد .

موافقت این اصل با منافع اجتماعی از این نقطه نظر است ، که در یك هیئت‌جامعه منظمی افراد نباید از حیث شخصیت و یا از حیث دارائی خود مواجه با خطراتی باشند که ممکن است از تغییر قوانین تولید شود ، و بر عکس معاملات آن ها باید حتی المقدور تضمین شود ، و اگـر قوانین در ما قبل خود مؤثر میشدند ممکن نبود که حقوق و دعـاوی مردم از حال تزلزل خارج شود ، چه هر آن ممکن بود حقی را که یکنفر بر طبق قوانین موضوعه وقت تحصیل نموده است ، قانون جدیدی کـه نسبت بما قبل خود مؤثر میباشد از بین ببرد .

اصل عدم تاثیر قوانین در ماقبل خود اصلی نیست که همه وقت لایتغیر باشد ، چه قسمت اخیر ماده چهـارم قانون مدنی که این اصل را وضع مینماید موقعی را پیش بینی کـرده است که در خود قانون ترتیب دیگری اتخاذ شود ، یعنی مقنن با تصریح در

خود قانون آن را نسبت بگذشته نیز مؤثر قرار دهد ! البته مقصود از قسمت اخیر این ماده نه آنست که بمقنن اجازه داده شود که در مواقع لازمه قوانین رانسبت بگذشته هم مؤثر سازد زیرا که تکلیف‌مقننین نباید بر حسب قوانین عادیه معین شود ، بعبارة اخری یك قانون عادی نمیتواند دست مقنن را بسته و اختیار تامی را که قانون اساسی در وضع قوانین عادیه باو داده است محدود کند ، بلکه مقصود ماده چهارم قانون مدنی از ذکر اینکه قانون اثر قهقرائی نمیتواند داشته باشد مگر اینکه در خود قانون نسبت به اینموضوع ترتیب خاصی اتخاذ شده باشد ، آن است که دست قضات بسته شده و آن ها نتوانند بمیل خود بقوانین اثر قهقرائی بدهند .

بالجمله ، اصل عدم تاثیر قوانین نسبت بما قبل عبارت از این میباشد که هرگاه بین دو قانون مختلف التاریخ که مربوط بیك موضوع است تولید اختلاف شود قانون لاحق نسبت بزمان بعد از لازم الاجرا شدن خود ، و قانون سابق نسبت بزمان قبل از آن حکومت خواهد کرد . گرچه این ترتیب در ظاهر خیلی ساده بنظر میرسد ولی اجرای آن درعمل تولید مشکلات عمده مینماید .

بدیهی است که قانون سابق نسبت باعمال حقوقی که در زمان سلطه آن انجام داده شده است حکومت تام خواهد داشت ، بدون اینکه قانون لاحق بتواند در اعمال مزبوره خاللی تولید کند ، و همچنین بدیهی است که قانون جدید نسبت بکلیه اعمال حقوقی که در زمان سلطه آن انجام داده میشود ، حکومت خواهد نمود بدون اینکه قانون سابق نسبت بان ها اثری داشته باشد ، ولی باید خط فاصل بین ماضی و مستقبل همیشه بطور وضوح معلوم شده باشد ، وچون غالبا ممکن است اعمال حقوقی که در زمان سلطه قانون قدیم انجام داده شده است اثرات خود را در زمان سلطه قانون جدید ببخشد و بطور کلی ممکن است که یك وضعیت حقوقی که سابقا موجود بوده در موقع لازم-الاجرا بودن قانون جدید هم موجود باشد پس باید معلوم نمود که اثرات اعمال و یا وضعیت حقوقی که فوقا ذکر شد تابع و مطیع کدام یك از دو قانون سابق و لاحق خواهد شد ، و این خود یکی از امور مشکله است .

بعضی از اوقات خود مقنن باشکال مزبور پی برده و در ضمن قانون جدید

برای تعیین رویه که بر طبق آن وضعیت قدیم باید بوضعیت جدید استحاله شود مواد مخصوص تنظیم مینماید ، و آنوقت بر عهده قضاتست که نظر مقننن را استنباط کنند .

برای حل این مشکل باید بین حقوق ثابته و حقوق محتمله فرق گذاشته شود توضیح آنکه وضع قوانین برای حفظ منافع هیئت جامعه میباشد ، و بنا براین باید فرض نمود نظر مقننین آن بوده است که قانون جدید درحدود هرچه وسیعتری که با منافع هیئت جامعه منطبق باشد اجرا گردد ، و چون قانون جدید همیشه برای منافع جامعه بهتر و مناسب تر فرض میشود ، لذا باید آنرا هرچه زودتر اجرا نمود ولواینکه در نتیجه اجرای آن بمنافع احتمالی و انتظاراتی که در زمان سلطه قانون سابق و بر طبق مقررات آن ایجاد شده است لطمه وارد آید ، زیرا که قانون جدید میتواند امیدهائی را که قانون سابق تولید نموده بود مبدل بیاس کند ، بدون اینکه نظم هیئت جامعه از آن متضرر یا متزلزل گردد ولی ، همین نظم هیئت جامعه ، استقرار حقوق ثابته را که اشخاص در زمان سلطه قانون سابق تحصیل نموده اند ایجاب مینماید ، پس باید فرض نمود که نظر مقنن هم حفظ و احترام حقوق مزبوره بوده و بر قاضی متحتم است که قانون جدید را در مواردیکه بحقوق ثابته اشخاص لطمه وارد میکند اجرا ننماید .

۱۳ - حال باید دید که مقصود از حقوق ثابته و حقوق محتمله چیست :

حقوق ثابته عبارت است از حقوقی که افراد در زمان سلطه یك قانون و برطبق مقررات آن تحصیل نموده ، و هیچکس حق ندارد از آنها سلب کند ، برعکس حقوق محتمله عبارت از منافع و انتظاراتی است که هنوز برای یکنفر ثابت و مسلم نشده ، بلکه فقط انتظار نیل بآنرا دارد ، مثلا مطابق قانون سهم الارث پسر دو برابر سهم الارث دختر است پس هر پسری انتظار آن را دارد که بعد ازفوت پدرش دو برابر خواهر خود ارث خواهد برد ، و اگر بر فرض قانونی وضع شود که مطابق آن سهم الارث پسر مساوی با سهم‌الارث دختر گردد ، از اولاد ذکور کسانیکه پدرشان در زمان لازم‌ـ الاجراء بودن قانون جدید در قید حیات میباشند ، فقط یك منفعت احتمالی سلب می شود و بنا بر این در حین فوت آن شخص تقسیم ارث باید بر طبق قانون جدید بعمل آید ولی قانون جدید نسبت بترکه اشخاصی که قبل از لازم الاجرا بودن آن فوت کرده اند

بهیچوجه مؤثر نخواهد بود ولو اینکه هنوز ترکه تقسیم نشده باشد ؛ زیرا که بمحض فوت پدر برای اولاد ذکور اوحق بردن ارث دو برابر اناث ثابت ومسلم میگردد وقانون جدید نمیتواند آنهارا ازاین حق ثابت ومسلم خودمحروم سازد . وهمچنین اگر یکنفر بموجب وصیت ثلث خودرا بکسی داده باشد موصی له فقط یك منفعت احتمالی دارد که موصی میتواند بموجب وصیت جدیدی ازاو سلب کند ، و همین که موصی فوت نمودآن حق احتمالی مبدل بحق ثابت میشود بنا بر این اگر قانون جدیدی وضع شود ، وبموجب آن مقداریکه موصی میتواند بموجب وصیت تملیك کند از ثلث بخمس مثلا تقلیل شود ، این قانون در بارهٔ موصی له مؤثر نخواهد بود . ولی اگر این قانون قبل از فوت موصی وضع شود دربارهٔ موصی له مؤثر خواهد بود زیرا که برای او هنوز حق ثابتی بر قرار نشده است .

۱٤ — اصل عدم تاثیر قانون را در ماقبل خود باید نسبت بقوانین مربوطه بهریك از موضوعات ذیل علیحده ملاحظه کنیم .

الف ــ قوانین راجعه باحوال و اهلیت اشخاص

ب ــ قوانین راجعه باموال

ج قوانین راجعه بتفسیر قانون

د ــ قوانین جزائی

(الف) ــ قوانین راجعه باحوال واهلیت اشخاص

۱۵ - احوال اشخاص برای آنها وضعیت حقوقی ایجاد میکند که درحقیقت جزو دارائی آنها میباشد و همانطور که قانون جدید نمیتواند بحقوق ثابته اشخاص خللی وارد آورد همانطور در وضعیت ثابته آنها هم نمیتواند تغییری دهد : مثلا عقد نکاحیکه مطابق قانون سابق صحیحاً واقعشده باشد ، بین زن وشوهر علقه زوجیت احداث میکند ، واگر قانون لاحقی وضع شود که بموجب آن شرایط صحت نکاح عوض شده بنحویکه نکاح سابق بر طبق قانون مزبور باطل محسوب گردد ، این قانون بهیچوجه نمیتواند در صحت نکاح سابق خللی وارد آورد .

قوانین راجعه باهلیت اشخاص نسبت بکسانیکه مشمول آن میشوند اثر فوری می - بخشد ، اعم از اینکه قوانین مزبوره در اهلیت سابقه اشخاص تسهیل یاتضییقی کند ، بنا

براین ، قوانین مزبوره میتواند فوراً کسیرا که بر طبق قانون سابق فاقد اهلیت بوده واجد آن کند ، ویا برعکس کسیرا که واجد آن بوده فاقد آن سازد وازاین حیث اینقبیل قوانین اثر فهقرائی خواهند داشت زیرا که هیچکس نسبت بمحفوظ داشتن اهلیت یاعدم اهلیتی که قانون برای او ایجاد کرده است حق ثابت و مسلمی ندارد و چون قوانین راجع به اهلیت اشخاص برای حمایت آنها وضع میشود ، دیگر معقول نیست کسی بتواند ادعا کند که او برای بهتر حمایت شدن حق ثابتی احراز نموده است ، و فقط چیزی که باید موافق اصل عدم تاثیر قوانین در ما قبل خود تامین گردد ، آنست اعمالیکه این اشخاص در زمان سلطه قانون سابق بصحت انجام داده اند باعتبار خود باقی بماند ، زیراکه از اعمال مزبوره حقوق ثابته برای اشخاص تولید می گردد .

مطالب فوق در موضوع قوانین راجعه بکبر هم باید رعایت شود ، باین معنی که اگر مثلا مطابق قانون سابق سن کبر به ۱٦ سال مقرر شده باشد ، و قانون جدید سن مزبور را بیشتر کرده و به ۱۸ سال برساند ، فورا اشخاصیکه بیش از ۱٦ و کمتر از ۱۸ سال دارند و مطابق قانون سابق کبیر بوده اند صغیر میشوند ، بدون آنکه این صغر جدید آنها در معاملاتیکه درزمان کبر سابق خود صحیحا بعمل آورده اند اثری داشته باشد ،زیراکه ازمعاملات مزبوره برای خود آنها یا اشخاص دیگر حق ثابت ومسلمی تولیدشده است .

(ب) - قوانین راجعه باموال

۱٦ - در این موضوع باید هریك از قوانین مختلفه که راجع باموال میشود علیحده مورد مداقه گردد :

۱ - قوانین راجعه به شرایط صحت معاملات

۱۷ - قرارداد ها و معاملات از نقطه نظر شرایط صحت تابع قانونی میباشند که در حین انعقاد آنها مجری بوده است ، زیراکه برای اشخاص از معاملاتیکه بصحت واقع میشود حقوق ثابته تولید میگردد ، و این حقوق نباید بموجب قانون جدیدی که درشرایط صحت معاملات تغییراتی وارد میاورد تضییع شود ، مثلا اگر قانون جدیدی وضع شود که بموجب آن شرایط عقد اجاره عوض گردد ، در صحت اجاره هائیکه سابق بر آن و بر طبق قانون سابق واقع شده خللی وارد نخواهد شد .

۲ - قوانین راجعه باثرات عقود

۱۸ - اثرات عقود هم مطیع قوانینی هستند که در هین عقد مجری بوده است و یك قانون جدیدی نمی تواند در اثرات آنها تغییری دهد ، زیرا که غالبا اثرات عقود تابع قصد و قرارداد طرفین است ، و اگر قانون آنرا معین بنماید فقط از این نقطه‌نظر است که در موارد سکوت متعاملین حکمی معلوم باشد ، و اگر اشخاصیکه مثلا عقد بیع منعقد مینمایند ، نسبت باثرات این عقد تصریحاتی نکنند ، از این نقطه نظر است که خواسته اند در مورد اثرات معامله خود مقررات قوانین متبع باشد . و بدیهی است که منظور آنها از قوانین قوانین موجوده حین‌العقد بوده است و نه قوانین دیگری که ممکن است بعدها وضع شده و در اثر معاملات تغییراتی بدهد .

۳ - قوانین راجعه بشرایط فسخ معاملات

۱۹ - شرایط فسخ معاملات نیز مثل اثرات آن مربوط بقصد و قرارداد طرفین است ، و بنابراین باید مطیع قوانین معموله زمان عقد باشد و نه تابع قوانینی که ممکن است بعد ها وضع گردد . بنا بر این ، اگر قانون جدید مورد جدیدی برای فسخ بعضی معاملات ایجاد کند ، معاملات از آن قبیل که سابق بر آن و بر طبق قانون سابق واقع شده اند ، مطیع قوانین جدید نخواهند بود والا بحق ثابت احد طرفین خلل وارد میاورد .

٤ - قوانین راجعه بصورت ظاهر اسناد

۲۰ - برای تشخیص اینکه اسناد از حیث صورت ظاهر برطبق قانون تنظیم شده اند یا نه باید آن را با قوانین موجود در زمان تنظیم تطبیق نمود ، چنانکه مثل مشهور لاتینی میگوید Tempus regit auctum (اسناد مطیع قانون وقت است) پس اگر سندی از حیث صورت ظاهر مطابق قانون زمان تنظیم خود تنظیم شده باشد ، صحیح خواهد بود ولو این که بموجب قانون جدیدی در شکل آن قبیل اسناد تغییراتی داده شده باشد ، زیراکه طرفین معامله ملزم بوده اند که فقط قانون زمان تنظیم سند را رعایت کنند ، و با مراعات قانون مزبور حق ثابتی برای آنها تولید میشود ، که باید حتما مرعی و محترم گردد ، بنابراین ، اگر سندی مطابق قانون زمان تنظیم خود از حیث

صورت ظاهر صحیح باشد ، قانون لاحق نمی تواند در صحت آن تغییری دهد ، و بر عکس اگر سندی برطبق قانون سابق باطل باشد قانون لاحق نمی تواند رفع بطلان آن را نماید ولو اینکه سند مزبور از حیث شکل با قانون لاحق تطبیق گردد

۵ - قوانین راجعه باثبات معاملات .

۲۱ - اثبات معاملات هم باید بر طبق قانونی باشد که در زمان وقوع آن معتبر بوده است ، زیرا که طرفین با در نظر گرفتن قانون مزبور معامله خود را واقع ساخته اند ، و اگر چنانچه قانون لاحق طرز اثبات معاملات را عوض نماید و آن قانون در مورد معاملات منعقدهٔ در زمان قبل از وضع خود معتبر باشد ؛ بحقوق ثابته متعاملین یا احد آنها لطمه وارد میسازد ، مثلا سابق بر این محاکم عدلیه میتوانستند باعتبار شهادت شهود حکم دهند ، و بر عکس امروز قانون منع نموده است که بصرف استناد شهادت شهود حکم داده شود ، و بنا براین نسبت بمعاملاتی که در زمان سلطه قانون سابق منعقد شده اند باید همان قانون سابق اجرا شود ، نه قانون لاحق ، زیرا که ممکن است طرفین معامله با در نظر گرفتن امکان اثبات معامله به وسیله شهود از تنظیم سند کتبی خود داری نموده باشند ؛ و این امکان اثبات به وسیله شهود برای آنها حق ثابتی شده است ، و اگر امروز قانون لاحق در بارهٔ آنها اجرا شود راه اثبات مسدود شده و به حقوق ثابته آنها خللی وارد خواهد آمد .

۶ - قوانین مربوطه باصول محاکمات .

۲۲ - در موضوع مسائل مربوطه باصول محاکمات ، یعنی قواعدی که باید در محاکم برای احراز حق رعایت شود ؛ قانون زمان اقامه دعوی معتبر است نه قانون زمان وقوع معامله که دعوی از آن تولید شده است ، زیرا که علی الظاهر طرفین دعوی در حین انعقاد معامله رویهٔ را که در صورت بروز اختلاف بایستی برای اقامه دعوی و احراز حق در محکمه معمول دارند ، در نظر نگرفته اند ، و مسلما از این حیث برای آنها حق ثابتی موجود نگردیده است ؛ منتهای مراتب ممکن است فقط یك حق احتمالی داشته باشند که اگر اتفاقا دعوائی بین آنها در موضوع معامله که نموده اند تولید گردد مطابق قوانین موجوده رسیدگی خواهد شد .

۷ - قوانین راجعه بمرور زمان.

۲۳ همینکه مرور زمان حاصل شد ، اعم ازاین‌که بوسیله‌آن تحصیل و یا اسقاط حقی شده باشد ، برای کسیکه از آن منتفع می گردد حق ثابت ایجاد می شود ، بنا براین قانون لاحق نمی تواند در حقوق مسلمه که اشخاص در نتیجه حصول مرور زمان کسب کرده اند . خللی وارد آورده مثلا اگر مطابق قانون سابق تصرف بیست ساله برای حصول مرور زمان نسبت باموال غیر منقوله کافی بود ، و قانون لاحق این تصرف را بسی سال برساند ، هیچیك از اشخاصیکه مطابق قانون سابق با تصرف و حصول مرور زمان بیست ساله ، حقی تحصیل نموده اند نباید از این قانون جدید متضرر گردند ، زیراکه برای آن ها حق ثابت و مسلمی ایجاد شده است ، و بر عکس آن هائیکه مرور زمان را حاصل نکرده اند چون حقی برای خود احراز ننموده اند باید مطابق قانون جدید عمل کنند ، بعبارت اخری تصرفات آن ها باید سی ساله باشد تا بتوانند از حصول مرور زمان استفاده کنند .

(ج) - قوانین راجعه به تفسیر قانون

۲٤ - قانونی که بموجب آن قانون دیگری تفسیر میشود قانون جدیدی نیست که بتوان کفت عطف به ماسبق میشود یا نه . بلکه این قانون همان قانون سابق است که بطور روشن تری نوشته شده است ، بنابراین همین طرز روشن باید در کلیه مواردیکه مشمول آن میشود معمول و مجری گردد .

(د) - قوانین جزائی

۲۵ - چون موضوع عدم تاثیر قوانین جزائی در ما قبل خود مربوط بحقوق جزائی است نه بحقوق مدنی . بنابراین از تفصیل در این موضوع احتراز کشته همینقدر تذکر داده میشود که بموجب ماده ٦ قانون مجازات عمومی «مجازات باید بموجب قانونی باشد که قبل از ارتکاب آن عمل مقرر شده . و هیچ عملی را نمی توان بعنوان جرم بموجب قانون متاخر مجازات نمود ، لیکن اگر بعد از ارتکاب جرم قانونی مقرر شودکه مبنی بر تخفیف یا عدم مجازات باشد ، نسبت بجرمهای سابق بر وضع آن قانون نیز مؤثر خواهد بود » .

پس بموجب این ماده باید همیشه ملاحظه نمود که رعایت اصل عدم تاثیر قوانین در ما قبل خود برای مجرم مضر است یا نافع ، هرگاه رعایت اصل مزبور بحال مجرم مضر باشد باید از رعایت آن صرف نظر گردد و اگر برعکس رعایت آن بحال‌مجرم نافع باشد باید حتما رعایت شود . و از همین نقطه نظر است که خود مقنن هم تصریح مینماید که اگر قانون جدیدی مبنی بر تخفیف یا عدم مجازات باشد نسبت بجرمهای سابق بر وضع آن نیز مؤثر خواهد بود .

فقره دوم – اثرات قوانین نسبت باشخاص و نسبت بمکانی که باید در آنجا اجرا شود .

۲۶ – ماده چهارم قانون مدنی که بموجب آن اصل عدم تاثیر قوانین در ما قبل خود وضع شده است ؛ خواسته است اختلافی را حل کند که ممکن است بین دو قانون مختلف التاریخ ایران تولید شود : برعکس مواد بعدی یعنی ماده ۵ – ۶ – ۷ و ۸ قانون مزبور مواردی را پیش بینی کرده است که ممکن است بین قانون ایران وقانون یك مملکت دیگری تولید اختلاف شود مواد فوق از قرار ذیل است :

ماده ۵ –« کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخله و خارجه مطیع قوانین ایران خواهند بود مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد»

ماده ۶ – « قوانین مربوطه باحوال شخصیه ازقبیل نکاح وطلاق واهلیت اشخاص و ارث در مورد کلیه اتباع ایران و لو این که مقیم در خارجه باشند مجری خواهد بود»

ماده ۷ « اتباع خارجه مقیم در خاك ایران از حیث مسائل مربوطه باحوال شخصیه واهلیت خود وهمچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود»

ماده ۸ « اموال غیر منقوله که اتباع خارجه درایران برطبق عهود تملك کرده و یامیکنند از هر جهت تابع قوانین ایران خواهد بود»

از ملاحظهٔ مجموع مواد فوق معلوم میشود که باید درکلیه قوانین تشقیقاتی قائل شد که بعضی از آن‌ها فقط در حدود مملکت ولی نسبت بتمام سکنه آن اعم از اتباع داخله و خارجه و بعضی دیگر فقط نسبت باتباع داخله ولو آن کهمقیم در خارج مملکت

هم باشند اجرا میگردد ولی قبل از ورود بجزئیات این موضوع باید این نکته رامتذکر شد که یکی از حقوق مسلمه هر ملت آنست که راضی نشود در خاك خود قانون دیگری بغیر از قانون ملی خود اجرا شود ، چنان که بعضی از ملل هنوز هم این اصل را جدا تعقیب نموده و به قضات خود اجازه نمیدهند که بغیر از قانون ملی خود قانون دیگری را اجرا کنند ولو اینکه یکی از متعاملین یا هر دو طرف تبعه خارجه باشند ، و این همان‌اصلی است که باسم اصل‌محلی بودن قوانین مشهور شده است‌درمقابل این‌اصل‌اصل‌دیگری موجود است که باصل‌شخصی بودن قوانین موسوم است و مطابق آن هرکس مطیع قانون مملکتی خود میباشد ولواینکه در خارج از مملکت خود اقامت داشته باشد .

امروز توسعه روابط تجارتی از یکطرف ، وملاحظه نزاکت بین المللی ازطرف دیگر اجازه نمیدهد که این دو اصل بطور مطلق و بدون هیچ تعدیلی مجری گردد . بلکه ملل مختلفه مجبور شده اند که در بعضی از مواقع رعایت قانون اجنبی را در خاك خود تجویز کنند : وبدین طریق امروز قوانین مختلفه بدو رشته مهم تقسیم شده که عبارت است از قوانین مربوطه باموال و قوانین مربوطه باشخاص .

قوانین از قسم اول محلی صرف میباشند : یعنی اجرا نمیشود مگر در خاك دولتی که آن قوانین را وضع کرده است و بر عکس قوانین از قسم دوم شخصی صرف میباشند یعنی در بارهٔ اشخاصی که مطیع آن قانون هستند اجرا میگردد واواینکه آن اشخاص در خارج از مملکت‌خود مقیم باشند .

پس از ذکر این مقدمه تشقیقاتی که فوقا اشاره شده ملاحظه شده و یك یك تحت مداقه در میاید بطور کلی از نقطه نظر محلی یا شخصی بودن ، قوانین به چهار قسم تقسیم میشوند :

۱ ـ قوانین راجعه بامنیت عمومی ۲ ـ قوانین راجعه باموال ۳ ـ قوانین راجعه باشخاص ٤ ـ قوانین راجعه بصورت یاشکل اسناد

۱ ـ قوانین راجعه بامنیت عمومی

۲۷ ـ قوانین راجعه بامنیت عمومی عبارت از قوانین و نظامات قانونی است که‌برای حفظ نظم عمومی و امنیت اشخاص وحمایت اموال وضع شده است.

این قوانین باید بوسیله کلیه سکنه مملکت واو اینکه موقتاً مقیم و یاتبعه خارجه باشند رعایت گردد زیرا که هردولتی حق دارد و بلکه موظف است که وسائل حفاظت خودرا بنحوی که‌مقتضی میداند اتخاذ کند ؛ واگر درخاك آن دولت اشخاصی باشند که بعدم رعایت قوانین مربوطه بحفاظت آن دولت مجبور نباشند ، چگونه ممکن است که آن دولت باجرای این حق و وظیفه خود موفق گردد .

مهمترین قوا نین راجعه با منیت عمومی قوانین جزائی مملکت است و بغیر از قوانین جزائی هر قانونی هم‌که مستقیما مربوط بحفظ انتظامات عمومی باشد جزء این‌قسم از قوانین محسوب میشود ؛

۲ - قوانین راجعه باموال

۲۸ - قوانین مربوطه باموال اعم از اموال‌منقول وغیر منقول باید در تمام‌مملکت اجرا شود حتی نسبت باموالیکه مالك آنها اتباع خارجه میباشند ، چنانچه همین اصل را مادهٔ ۸ قانون مدنی نسبت باموال غیر منقوله تصریح نموده است .

علت اینکه قوانین مربوطه باموال ، مخصوصاً باموال غیر منقول ، جزء قوانین محلی محسوب و باید نسبت‌بتمام‌اموال قطع نظر از تابعیت مالك آن اجرا شود ، اینست که حق حاکمیت و سلطنت یك ملت نه فقط باید در مورد سکنه آن‌مملکت اجرا شود بلکه باید در مورداموال واقعه درآن مملکت نیز مرعی گردد ، واین‌حق حاکمیت غیر قابل تقسیم است وبنا بر این نمیتوان تصور کرد که نسبت ببعضی از اموال‌ملحوظ و نسبت ببعضی دیگر غیر مرعی باشد . نظر بمراتب فوق یکنفر تبعه خارجه‌که در ایران دارای اموال غیر منقوله‌باشد نمیتواند باستناد قوانین مملکتی خودنسبت بان اموال معاملاتی بنماید که قوانین ایران آن را تجویز نمیکند ، و یا املاك خودرا باستناد قوانین مملکتی خود معاف ازبعضی تحمیلات قانونی که درمملکت ایران معمول‌به است ، محسوب دارد ، وهمین معنی را مادهٔ ۸ قانون مدنی که فوقا ذکرشد تصریح مینمایدوبموجب‌آن « اموال‌غیرمنقوله که اتباع خارجه در ایران بر طبق عهود تملك کرده یا میکنند از هر جهت تابع‌قوانین ایران خواهد بود . »

۳ - قوانین راجعه باشخاص

۲۹ - این قبیل قوانین بسایه اشخاص تشبیه شده و مثل سایه هر کجا که شخص برود قوانین مزبوره هم اورا تعقیب مینمایند ، زیرا که قوانین راجعه باشخاص لازمه تابعیت آن شخص است ، وازاین حیث یکنفر ایرانی درهرجای عالم باشد از حیث احوال و اهلیت خود مطیع قانون مملکت متبوع خود میباشد . بنا براین ، تبعه ذکور ایران در هر کجای عالم که مقیم باشد درسنی که قانون ایران معین میکند کبیر میشود ولو اینکه قانون مملکت متوقف فیها برای کبر سن دیگری معین کرده باشد . و همچنین زن ایرانی که شوهر ایرانی داشته باشد ، برای اداره کردن اموال خود هرقسم اختیار کامل دارد ولو اینکه مطابق قانون مملکت متوقف فیهای آن زن ، زنان‌شوهردار دراداره کردن اموال خود مختار نباشند . و بر عکس اتباع خارجه مقیم‌در ایران‌از حیث مسائل‌مربوطه باحوال شخصیه و اهلیت خود وهمچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات ، مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود . مطابق این ترتیب اتباع فرانسه در ایران در سن بیست ویکسالگی کبیر میشوند ، و لواینکه قانون ایران سن کبر را بکمتر از این معین کرده باشد ، همین معنی را مواد ٦ و ٧ قانون مدنی که فوقا مذکور شد تصریح کرده است .

٤ - قوانین‌راجعه بصورت ویاشکل‌اسناد

۳۰ - اگرچه در این موضوع درقوانین موجوده نص مخصوصی وجود ندارد ، ولی از یکطرف درحقوق بین المللی اصل ثابتی اتخاذ شده و بموجب آن اسناد از حیث صورت ظاهرمطیع قوانین محلی‌میباشند که درآنجا تنظیم گشته‌اند Locus régit actum پس بموجب این اصل ، هرگاه سندی بر طبق مقررات مملکتی که در آنجا تنظیم شده است صحیح باشد ، در سایر ممالك نیز باید صحیح محسوب شود . وچیزی که قبول این اصل را ایجاب مینماید منافع مشترکه ملل مختلفه عالم است ، و اگر غیر از این بود برای غالب اشخاصی که درخارج از مملکت خود زندگی میکنند انجام عده زیادی‌از معاملات غیر ممکن میشد مثلا مطابق‌قانون فرانسه هبه نامه‌بایدحتماً در نزد Notaire (نوتر) تنظیم شود ، و اگر قانون فرانسه برخلاف اصل مذکور صورت ظاهر اسناد را مطیع

قوانین مملکتی که‌در آنجا تنظیم میشود نمیدانست ، آن وقت برای فرانسویهای مقیم در ممالکی که در آنجا Notaire (نوتر) وجود ندارد ، و یا وجود دارد ولی قانوناً برای تنظیم این قبیل اسناد مجاز نیست ، تنظیم‌یك‌هبه نامه غیر ممکن می‌شد ، و از طرف دیگر مطابق مادهٔ (۲۹۱) قانون اصول‌محاکمات حقوقی « اسنادی که درممالك خارجه‌موافق قوانین آن ممالك نوشته شده است درمحاکم عدلیه ایران اسناد قانونی‌شناخته میشودمادامیکه مفاد آنها مخالف با قوانین ایران نباشد . »

پس بموجب این ماده هم اصل مطیع بودن صورت ظاهر اسناد بقانون مملکتی که در آنجا تنظیم شده است اتخاذ گشته ، منتهای مراتب مقنن تحدیدی قائل شده است که باید رعایت شود ، و این‌تحدید عبارت از اینست که سند تنظیم شده در خارجه نباید مفادا مخالف با قوانین ایران باشد ، وبنا بر این مخالفت صورت ظاهر آن باقوانین ایران آن را از اعتبار نخواهد انداخت . حال باید دیدآیا همینکه یك سندی در مملکت‌خارجی صورتاً بر طبق قوانین آن مملکت تنظیم شد ، ولی مفادا با قانون ایران مخالفت پیدا نمود از اعتبار می افتد یا این که این تحدید قانون هم بنوبه خود باید محدود شود و یا بر عکس توسعه یابد :

چیزی که مسلم است اینست که اگر مفاد سند بر خلاف مقررات قانون ایران باشد بهیچوجه اعتبار نخواهد داشت ، چنانکه‌همین ترتیب نسبت باسنادی هم که‌مطابق قانون ایران تنظیم شده باشد مقرر است و مادهٔ ۱۰ قانون مدنی صراحتاً میگوید که « قرار داد های خصوصی نسبت بکسانی که آنرامنعقد نموده‌اند درصورتیکه مخالف صریح قانون نباشد نافذ است » و نیز مسلم است که‌اگر سندی بنحوی از انحاء مخالف بانظم عمومی ایران باشد معتبر نخواهد بود ، و لو این که صورتاً موافق قوانین مملکتی باشد که در آن جـا تنظیم شده است .

مقرراتی که در حکم‌قانون هستند

۳۱ ـ علاوه بر قانون ؛ یعنی مقرراتی که بر طبق تشریفات معین به تصویب قوهٔ مقننه رسیده است مقررات دیگری نیز موجود است که بمنزله‌قانون محسوب بوده و درحکم قانون میباشد و آن عبارتست از :

اولا - مقررات و عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد .

ثانیاً - قرارداد های خصوصی نسبت بکسانی که آن را منعقد نموده اند مشروط بر اینکه مخالف صریح قانون نباشد .

ثالثاً - نظامات دیگری که بر طبق قوانین از طرف قوه مجریه تنظیم شده باشد .

پس نظر بمراتب فوق ، مفاد عهد نامه هائی که مطابق قانون اساسی منعقد شده باشد ، در روابط بین دولت ایران ودول متعاهد ، ویا در روابط بین افراد تبعه ایران وافراد تبعه دول متعاهد ، اعتبار و قوت قانون راخواهد داشت ، وهمچنین در روابط بین افراد کلیه قرار دادهائی که بین آنها منعقد شده باشد همین اعتبار وقوت را خواهد داشت مشروط بر اینکه مخالف صریح قانون نباشد ، و بالاخره نظامنامها و احکام دولتی وتصویب نامه ها هم که در حدود قوانین صادر شده باشد بمنزله خود قانون محسوب و همان اعتبار را دارا می باشد .

کتاب اول

در بیان اموال ومالکیت بطور کلی

۳۲ - نسبت باشیاء یا اموال دو قسم حقوق ممکن است پیدا نمود .
حقوق عینی و حقوق دینی :

۳۳ - حقوق عینی حقی است که انسان مستقیماً بر چیزی دارد و بوسیله آن در آن چیز حق مالکیت تام و یا حق یکنوع از مالکیت جزئی ، وبعبارت اخری یکی از مراتب مالکیت مثل حق انتفاع و یاحق ارتفاق پیدا میکند - پس در حق‌عینی فقط دو طرف یادو عنصر موجود است یکی عنصر عامل که عبارت از شخصی است که‌صاحب حق میباشد ودیگری موضوع حق که عبارتست‌از عین معینی ، و صاحب حق حق خود را نسبت‌بعین اجرا میدارد بدون اینکه در بین واسطه موجود باشد ، وچون این حق مستقیما بر عین معینی موجود است ، لذا آنرا عینی میگویند .

۳۴ - حق دینی عبارت از حقی است که یکنفر در مقابل شخص دیگری دارد و

بموجب آن میتواندازشخصی اقدام بامری ویاخود داری از امری را بخواهد ؛ این حق بین آن دو نفر رابطه حقوقی ایجاد میکند و بدینطریق یکی را دائن و دیگری را مدیون قرار میدهد : و بهمین مناسبت آن را حق دینی مینامند .

چون در نتیجه این رابطه حقوقی ذمه یکی از آن دو نفر که عبارت از مدیون باشد در مقابل دیگری که دائن است مشغول میگردد ، اینحق را ذمی نیز میگویند ، پس اگر این حق دینی یا ذمی تجزیه شود فورا ملاحظه خواهد شد که در اینحق سه عنصر موجود است که عبارتند از :

اولا ـ شخصی که صاحب حق است یعنی دائن ویامتعهدله .

ثانیاً ـ شخص دیگری که حق بر اوست یعنی مدیون ویا متعهد .

ثالثاً ـ موضوع حق که عبارتست از امر ثبوتی مثل تادیه وجهی و یا امر منفی مثل عدم اقدام بچیزی .

۳۵ ـ از ملاحظه مطالب فوق‌معلوم میشود که در حق عینی بین صاحب حق و موضوع آن واسطهٔ موجود نمیباشد ، و برعکس در حق دینی بین صاحب حق و موضوع آن‌واسطهٔ که عبارت ازشخص مدیون است موجود میباشد ، بعلاوهٔ این تفاوت بین حق‌عینی وحق دینی تفاوتهای دیگری نیز موجود است که ذیلا بیان میشود :

۱ ـ موضوع حق عینی بایدیك شیئی باشد ، وحال آنکه موضوع حق‌دینی ممکن است یك شیئی باشد یا یك عمل اعم از مثبت یا منفی .

۲ ـ موضوع حق عینی باید حتما یك عین مشخص باشد و حال آن که موضوع حق دینی ممکن است عین کلی باشد . مثلا اگر کسی اسبی را که شخصا معین است بفروشد مشتری نسبت بان اسب حق عینی دارد و اگر بر عکس چند خروار گندم به طور کلی بفروشد مشتری در مقابل بایع یك حق ذمی دارد .

۳ ـ حق عینی حق مطلقی است ، باین معنی که قانون احترام آن را بر همه واجب کردهٔ است و احدی نباید در مقابل صاحب حق اقدامی بکند که‌مخالف حق او باشد ، و بر عکس حق دینی حق نسبی است ، باین معنی که حق دائن فقط در مقابل شخص معینی است و همان شخص به تنهائی باید آنچه را که در ذمه خود میباشد

ادا کند : و غیر از او هیچ شخص دیگری در مقابل صاحب حق تعهدی ندارد و صاحب حق نمیتواند رجوع کند مگر به شخص مدیون .

۳۶ - از این فرق اخیر ، یعنی از اینکه حق عینی یك حق مطلقی است ، این نتیجه حاصل میشود که صاحب این حق نسبت بموضوع حق خود هم حق تعقیب و هم حق تقدم دارد ، توضیح آن که صاحب حق عینی میتواند چیزی را که موضوع حق خود میباشد تعقیب کرده و در ید هر کس باشد آن را مسترد دارد ، قطع نظر از شخصی که موضوع حق در ید او موجود است . و اعم از اینکه شخص مزبور غاصب بوده و بفساد تصرف خود عالم باشد ، و یا آنرا بعنوانی از عناوین مثلاً بارث متصرف بوده و بفساد تصرف خود جاهل باشد ، زیراکه عموم مردم مکلفند که حق صاحب حق عینی را محترم بشمارند ، و بعلاوه صاحب حق مزبور نسبت بموضوع حق خود حق تقدم و اولویت دارد ، یعنی هیچ کس نمی تواند نسبت به موضوع حق او ادعای حقی که تاریخاً موخر باشد بنماید مگر آن که آن حق را از ناحیه خود صاحب حق تلقی نموده باشد .

برعکس حق دینی نه حق تعقیب موضوع را میدهد و نه حق تقدم بر دائنین دیگر را زیراکه نه موضوع حق عین معین است که دائن بتواند آن را در ید هر کس که باشد تعقیب کند ، و نه دائن مزیت قانونی بر دیان دیگر دارد که بحق خود مرجحاً برسد . نظر بمراتب فوق ، حق عینی همیشه محکمتر و معتبر تر از حق دینی است : زیرا عینی که موضوع حق است در دست هر کس باشد باید بصاحب خود برسد : و حال آن که صاحب حق دینی باید تمام نتائج سوئی را که ممکن است از عملیات مدیون تولید شود ، متحمل گردد . مثلا اگر کسی که دینی بر ذمه دارد دیون جدیدیرا بر ذمه بگیرد ، و یا قسمتی از دارائی خودرا بنحوی از انحاء تلف کند ، صاحب حق دینی مجبور خواهد بود که نتایج این عملیات را متحمل گشته و در صورتیکه دارائی مدیون کفاف دیون او را نکند برای وصول طلب خود داخل در غرما شود .

باب اول

در بیان انواع اموال

۳۷ ـ مال عبارتست از هر چیزیکه انسان می تواند از آن استفاده کند و قابل تملك هم باشد ،

میانه مال و شیئی باید فرق گذاشته شود ، و این فرق همان فرق بین عموم و خصوص است ، هر مالی شیئی است ولی هرشیئی مال نیست . مثلا آفتاب و هوا و دریا شیئی است و مال نیست . زیرا هیچکس نمی تواند به آن ادعای مالکیت انحصاری نماید ، ولی غالبا در عمل بین مال و شیئی فرق گذاشته نمی شود ، و این دو لغت یکی بجای دیگری استعمال میگردد

برای اموال قانون مدنی بیش از دوتقسیم قائل نشده ، و مطابق مادهٔ ۱۱ قانون مزبور اموال بر دو قسم است : منقول و غیر منقول

ولی از مقررات دیگر قوانین ممکن است برای اموال تقسیمات بیشتری که اهم آنها ذیلا ذکر میشود استنباط نمود ، و آن از قرار ذیل است :

اولا ـ اعیان و منافع ـ اعیان عبارت از اموالی است که بیکی از حواس مخصوصا حس لامسه محسوس باشد . مثلا یك خانه ویك لباس . و منافع عبارت ازاموالی است که قابل حس به یکی از حواس خمسه نبوده و فقط وجود آن را عقلا بتوان تصور نمود ، مثل حق انتفاعی که یکنفر نسبت بخانه یا زمینی دارد . ـ راست استکه موضوع این حق یك عینی است ولی خود حق که جزء دارائی و بعبارة اخری مال صاحب حق است قابل تلمس نیست .

ثانیا ـ اموالی که انتفاع از آن با بقاء عین ممکن نیست و اموالیکه انتفاع از آن با بقاء عین ممکن است ـ اموالی که انتفاع از آن با بقاء عین ممکن نیست اموالی است که به محض مصرف و استعمال تمام می شود مثل حبوبات و آرد و امثال آن ، و اموالیکه انتفاع از آن با بقاء عین ممکن است اموالی است که میتوان از آن ها استفاده نمود بدون این که عین آن ها تلف شود ، مثل خانه و اسب و امثال آن

ثالثاً – اموال مثلی و اموال قیمی – مادهٔ ۹۵۰ قانون مدنی اموال مثلی را بطریق ذیل تعریف می نماید « مثلی که در این قانون ذکر شده عبارت از اموالیست که اشباه و نظائر آن نوعاً زیاد و شایع باشد مانند حبوبات و نحو آن و اموال قیمی مقابل آنست »

اگر چه تعریف فوق فی حد ذاته تعریف بالنسبه جامع است ولی برای تفهیم مطلب ممکن است اموال مثلی و قیمی را بطریق ذیل تعریف نمود :

اموال مثلی عبارت از اموالی است که عرفاً ممکن باشد یکی از آنها جایگیر دیگری واقع شود ، و اموال قیمی عبارت از اموالی است که عرفاً شخص آن مال منظور بوده و ممکن نیست که مال دیگری ولو از همان جنس جایگیر آن واقع شود ملاك تشخیص مثلی از قیمی عرف و عادت است چنانکه قسمت اخیر مادهٔ ۹۵۰ مذکور اضافه میکند « معذالك تشخیص این معنی با عرف میباشد . »

ولی چون امری که طرفین به تراضی مقرر میدارند و مخالف صریح قانون هم نمی باشد در روابط آن ها کاملاً نافذ است (ولو اینکه عرف بر خلاف آن باشد) لذا طرفین می توانند در روابط خود مثلی را بمنزله قیمی و یا قیمی را به منزله مثلی قرار دهند ، مثلاً اگر یکنفر کتاب گلستانی را بدیگری بعنوان عاریه دهد حتماً تراضی طرفین بر این بوده است که مستعیر همان کتاب را مسترد دارد و در این معامله کتاب گلستان قیمی میباشد ولو اینکه عرفاً مثلی محسوب شود و بر عکس اگر کتابفروشی یك نسخه کتاب گلستان از کتابفروش دیگر قرض کند که بفروشد تراضی طرفین بر این خواهد بود که این کتاب مثلی باشد و نه قیمی ولو اینکه عرفاً قیمی محسوب شود . زیرا که قرض دهندهٔ میدانست که این کتاب فروخته شده و دیگر عین آن مسترد نخواهد شد و چون عنوان معامله هم عنوان قرض است لذا باید مثل کتاب خود را از همکار خودش بگیرد و نه قیمت آن را .

تشخیص هریك از تقسیمات مذکور فوق خالی از اهمیت نیست – زیرا که در بعضی موارد قانون برای هریك حکم خاصی معین کرده است ، مثلاً در موضوع تقسیم به عین و منافع ، اگر مستاجر بعد از انقضاء مدت ، عین مستاجره را در تصرف خود

نگاهدارد باید در هر حال عین را بمالك رد کند ولی نسبت بمنافع وقتی مسئول است که عین مستاجره را بدون اجازه در تصرف خود نگاهداشته باشد و اگر تصرف با اجازه مالك بوده است نسبت به منافع مسئول نخواهد بود مگر اینکه استیفاء منفعت نموده و اجازهٔ هم حاکی از اباهه مجانی نبوده باشد ـ و همچنین در موضوع تقسیم اموال بر مالی که استفاده از آن بابقاء عین ممکن است یا نه بعد ها ذکر خواهد شد که اموال از قسم اول ممکن است مورد عقد وقف و اجاره و عاریه گردد وحال آنکه عقود مزبورد نسبت به اموالی که استفاده از آن بابقاء عین ممکن نیست اساساً صحیح نخواهد بود .

بعد از ذکر تقسیمات فوق لازم است که نسبت به تقسیماتی که خود قانون مدنی معین نموده است یعنی نسبت بـه اموال منقوله و غیر منقوله توضیحاتی داده شود .

فصل اول

در اموال غیر منقوله

۳۸ ـ مطابق ماده ۱۲ قانون مدنی «مال غیر منقول آنست که از محلی بمحل دیگر نتوان نقل نمود اعم از اینکه استقرار آن ذاتی باشد و یا بواسطه عمل انسان به نحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود» . مثل زمین که استقرار و غیر منقول بودن آن ذاتی است ، و یا بنا که استقرار و غیر منقول بودن آن بواسطه عمل انسان است ، چه هر بنا از مصالحی ساخته شده است که فی حد ذاته منقول میباشد .

با وجود تعریف فوق که در حقیقت ملاك تشخیص منقول و غیر منقول را امکان حمل و نقل و عدم امکان آن قرارداده است ، مواد بعدی قانون مدنی مثل ماده ۱۷و ۱۸ صفت غیر منقول را گاهی باموالی داده است که قابل حمل میباشند ، و گاهی بحقوق و منافعی که قابل تلمس نیستند و نمیتوان نسبت بانها صفت قابل حمل و یا غیر قابل حمل بودن را قائل شد .

در هر حال با مراجعه به مواد قانون مدنی که فصل اموال غیر منقول را

تشکیل می دهند (از ماده ۱۲ الی ۱۸) میتوان اموال غیر منقول را بطریق ذیل تقسیم نمود :

اولا – اموالیکه ذاتا غیر منقول است – ثانیاً – اموالیکه بواسطه عمل انسان غیر منقول است – ثالثا – اموالیکه در حکم اموال غیر منقول است – رابعا – اموالی که بواسطه تابعیت اموال غیر منقول غیر منقول محسوب است .

اولا- اموالیکه ذاتاً غیرمنقول است

۳۹ – این قسم از اموال غیر منقوله منحصر است باراضی ولی باید دانست که کلمه اراضی یا زمین فقط به سطح الأرض اطلاق نمیشود بلکه اعماق و تخوم زمین را هم شامل است – بنابراین نه فقط سطح زمین بلکه کلیه آنچه که در اعماق زمین هم موجود میباشد ، از قبیل خاك وسنك ومعادن و غیره ، جزو اموالی محسوب است که ذاتا غیر منقول میباشند .

ثانیا - اموالی‌که بواسطه عمل انسان غیر منقول است

۴۰ – کلیتاً ملاك تشخیص این اموال عبارت از آنست که قبلا منقول بوده و مستقیما یا بطور غیر مستقیم طوری بزمین الصاق شده باشد که نتوان حمل و نقل نمود مگر اینکه در خود مال یا در محل آن خرابی حاصل گردد

اموال مزبوره را مواد ۱۳و ۱۴ و ۱۵ و ۱۶ قانون مدنی معین نموده است – ولی بدیهی است که این شمارش از نقطه نظر انحصار نبوده بلکه من باب مثل است – و هر مالی که مطابق ملاك مزبور فوق بواسطه عمل انسان غیر منقول باشد جزء اموال غیر منقوله است ولو اینکه جزو شمارش مواد فوق داخل نباشد .

اموال غیر منقوله بواسطه عمل انسان که در قانون مدنی معین شده است از قرار ذیل است :

۴۱ – **الف** – ابنیه – مصالحیکه در هر ساختمان بکار میرود قبل از اینکه جزو بنا گردد از مصادیق واضحه اموال منقوله محسوب است ولیکن بتدریج که در بنا بکار میرود بواسطه عمل انسان و الصاق شدن بزمین غیر منقول میشود ، بنا براین خودساختمان هم مال غیر منقول می باشد زیرا نقل آن ممکن نخواهد بود مگر با خراب کردن آن و یا محل آن .

۴۲ - ب - آسیای منصوب در بنا - برای اینکه آسیائی غیر منقول باشد ، باید منصوب دربنا باشد - بنا بر این اگر آسیا طوری تعبیه شده باشد که منصوب بزمین نباشد و بتوان آنرا حمل و نقل نمود بطوریکه نه بخود آسیا و نه بمحل آن خرابی وارد آید ، منقول خواهد بود .

۴۳ - ج - لوله ها - برای اینکه لوله ها غیر منقول باشد باید برای جریان آب یا مقاصد دیگری مثل لوله های گازویا لوله هائیکه از وسط آن سیم تلفن رد می شود در زمین یــا بناء کشیده شده باشد ، بنابر این لازم نیست که لوله در زیر زمین بکار رود و یا بوسیله عملیات بنائی بزمین نصب گردد بلکه همینقدر کافی است که مثل لوله های ناودان در زمین یا بنا کشیده شده باشد .

۴۴ - د - آینه و پرده نقاشی و مجسمه و امثال آنهــا - بطور کــلی این قبیل اموال اشیائی است که برای زینت یا مقاصد دیگری در عمارت و بنا بکار میبرند ولی شرط غیر منقول بودن آنهــا آنست که در بنا طوری بکار رفته باشد که نقل آنها موجب نقص یا خرابی خود یامحل آنها بشود - پس اگر یك قطعه آینه بوسیله میخی بدیوار آویخته شده باشد ولو اینکه در دیوار برای آن جای مخصوص به شکل خود آینه ساخته شده باشد ، منقول است و بر عکس اگر در توی دیوار بکار رفته و بوسیله گچ محکم شده باشد غیر منقول خواهد بود ، زیرا ، دراینصورت نقل آن بدون نقص یا خراب کردن دیوار ممکن نخواهد بود . و همینطور است نسبت بمجسمه و پرده نقاشی و غیره . ولی اگر همان آینه که بوسیله میخی آویخته شده و برای آن در دیوار جای مخصوصی تعبیه گشته است در اطاقی باشد که تمام آن آینه کاری است آن آینه غیر منقول محسوب می گــردد زیرا کــه از بر داشتن آ ن نقصی در محــل آ ن تولید میگردد .

۴۵ - ه - ثمره و حاصل - بموجب مادهٔ ۱۵ قانون مدنی « ثمره و حاصل مادامیکه چیده یا درو نشده است غیر منقول است» در این مادهٔ کلمه ثمره بمعنی میوهٔ اشجار و کلمه حاصل بمعنی زراعت هائی است که بوسیله ریشه بزمین ملصق است ازقبیل گندم و جو و امثال آنها - ثمره و حاصل هم مثل آینه و یا لولــه و غیره بواسطه

ملصق بودن بزمین ودر نتیجه عمل انسان غیر منقول میباشد - پس هرگاه اموال مزبوره را از زمین جدا کردند منقول میشوند چنانکه قسمت اخیر مادهٔ ۱۵ مزبور ناظر بر این معنی بوده و مقرر میدارد « اگر قسمتی از آن چیده یا درو شده باشد تنها آن قسمت منقول است . »

۴۶ - **و** - اشجار - شاخه - نهال - قلمه - این اموال نیز در حکم ثمره و حاصل بوده و مادام که بریده یا کنده نشده غیر منقول و همین که بریده یا کنده شدند منقول میشوند .

۴۷ - در موضوع ثمره و حاصل و اشجار و مصالح بنائی ، که قبل از چیده شدن و یا درو و قطع کردیدن و یا از بنا جداشدن غیر منقول ، و پس از آن منقول میشوند ، ممکن است مشکلاتی تولید گردد ، و آن در موقعی است که نسبت به این اموال در موقعیکه هنوز منصوب بزمین است معامله واقع شود با قصد جدا کردن از زمین ، مثل اینکه درختی سرپا و یا حاصلی قبل از درو و مصالح بنا که هنوز جزو بنا میباشد علیحده از زمین فروخته شود - و باید معلوم نمود که اموال مزبوره در این صورت نیز بحکم مواد ۱۵ و ۱۶ و ۲۲ قانون مدنی نسبت بهر دو طرف معامله غیر منقول میباشند ویانسبت بخریدار که جز خریدن‌مال منقول منظور دیگری نداشته است‌منقول و نسبت بمالك غیر منقول میباشد

قبل از اهتمام در حل این مشکل باید در نتایجی که از نقطه نظر حقوقی در تشخیص مال منقول از غیر منقول حاصل می شود مختصر مداقه نمود - نتایج مزبوره از قرار ذیل است :

۱ - مطابق مادهٔ ۸ قانون مدنی« اموال غیر منقوله که اتباع خارجه در ایران بر طبق عهود تملك کرده یا میکنندازهرجهت تابع قوانین ایران خواهد بود » - واین ترتیب ممکن است همه وقت نسبت باموال منقوله مجری نشود

۲ - ترتیب توقیف اموال غیر منقوله غیر از ترتیب توقیف اموال منقوله است

۳ - محکمه‌که صلاحیت رسیدگی بدعاوی مربوطه باموال غیر منقوله را دارد غیر ازمحکمه ایست که بدعاوی‌مربوطه باموال منقوله رسیدگی میکند - چه برای رسیدگی

بدعاوی منقوله محکمه محل اقامت مدعی یامدعی‌علیه صلاحیت دارد و حال آنکه در دعاوی غیر منقوله محکمه صلاحیت دارمحکمه محل وقوع مال غیر منقول است .

٤ ــ مطابق قانون مدت مرور زمان نسبت باموال غیر منقوله بمراتب بیشتر از مدتی است که در مورد مرور زمان نسبت به اموال منقوله لازم میباشد .

حال باید دید که اشکال مذکور فوق بچه طریق‌حل میشود .

مطابق ماده ۱۵ و ۱٦ ثمره و حاصل و مطلق اشجاو و غیره مـادامی که چیده و یا درو و یاکنده نشده است غیر منقول است . پس اگرمفهوم ظاهری و عین‌عبارات مواد مزبوره طرف استناد واقع شود ، باید ادعا نمود که ثمره‌مثلا مادامی که چیده نشده است هم نسبت ببایع و هم نسبت بمشتری غیر منقول است ، و همچنین است مصالح بنائی که سرپا فروخته شده باشد . ولی اگر بخواهیم قصد و تراضی طرفین معامله را در نظر بگیریم مجبور خواهیم بود که نسبت بمشتریان لااقل این قبیل اموال را منقول بدانیم ، زیرا که علت اساسی غیر منقول بودن آنها همان ملصق‌بودن آنها بزمین‌است ، وچون بایع و مشتری آنها را قطع نظر از زمین که بانجا ملصق میباشد و باقصد جدا شدن از آن خرید و فروش مینمایند دیگر بهیچوجه ملصق‌بودن آنها بزمین اهمیت‌سابق خود را نداشته و مشکل بتوان برای غیرمنقول بودن آن اموال دلیل مقنعی اقامه نمود چنانکه غالب از علماء حقوق ثمره وحاصل را که‌رسیده ومعد برای چیدن یا درو شدن باشد منقول میدانند ــ و همینطور در حقوق فرانسه هم با وجود اینکه نظیر مواد ۱۵و ۱٦ قانون مدنی ایران موجود است اصل قضائی چنین‌بر قرار نده که بیع مصالح‌بنائی که بقصد خراب کردن بنا و قطع نظر از زمین‌آن واقعشود ، بیع مال منقول است نه بیع مال غیر منقول . وبعلاوه مطابق ماده ۸۰۸ قانون مدنی حق شفعه مخصوص باموال غیرمنقول است و ماده ۸۰۹ قانون مزبور صراحتاً مقرر میدارد که « هر گاه بنا و درخت بدون‌ـ زمین فروخته شود حق شفعه نخواهد بود » پس خود قانون هم بنأ یا درختی را که بدون زمین فروخته میشود منقول محسوب کرده واستفاده از حق شفعه‌را نسبت به‌آن‌جایز نمیداند ــ نظر بمراتب فوق اگر درخت یابنا بدون زمین وبقصد کنده شدن یا خراب‌شدن فروخته شود مورد این معامله منقول خواهد بود و نه غیر منقول

ثالثاً - اموالیکه در حکم اموال غیر منقوله است

۴۸ - این اموال اموال منقوله ایست که قانون به واسطه اختصاص یافتن بعمل زراعت آنهارا درحکم اموال‌غیر منقوله قرار میدهد ، ولو اینکه درصفت منقولی آنها ظاهرا هیچ تغییری‌حاصل نشده باشد . واموال مزبوره بواسطه اختصاص یافتن بزراعت جزء ملك محسوب شده و از حیث صلاحیت محاکم وتوقیف اموال در حکم خود زمین محسوب میشود .

این قسم اموال غیر منقوله درحقوق‌رم و در حقوق اسلامی عنوان خاصی ندارد و از مستحدثات اوائل قرن نوزدهم‌است و در قانون مدنی فرانسه بان تصریح شده است- منفعت عمده که از این تقسیم حاصل میشود آنست که بین یك مال منقول و یك مال غیر منقول که لازمه یکدیگر میباشند رابطه محکمی ایجاد میگردد و آنها را تقریبا لاینفك ازیکدیگر مینماید بنحویکه نتوان خواه بواسطه توقیف و خواه بواسطه تقسیم آن ها را جدا نمود و الا ممکن است لا اقل تا مدتی هر یك بدون دیگری غیر قابل استفاده بماند .

ماده ۱۷ قانون مدنی اموال منقوله‌را که درحکم اموال‌غیر منقوله هستند به طریق ذیل بیان می کند :

ماده ۱۷ - « حیوانات و اشیائی که‌مالك آنرا برای عمل زراعت اختصاص داده باشد از قبیل گاو وگاو میش و ماشین و اسباب و ادوات زراعت وتخم و غیره و بطور کلی هرمال منقول که برای استفاده‌از عمل زراعت لازم و مالك آن را باین امرتخصیص داده باشد از جهت صلاحیت محاکم و توقیف اموال‌جزء ملك محسوب و در حکم مال غیر منقول است و همچنین است تلمبه و گاو ویاحیوان دیگری که برای آبیاری زراعت یا خانه وباغ اختصاص داده شده است »

پس بموجب ماده مزبوره دو شرط لازم است تا مال منقول جزو مال غیر منقول محسوب و درحکم آن باشد : اولا باید بعمل‌زراعت یا برای آبیاری اختصاص داده‌شده باشد ثانیاً مالك آنرا برای این امور اختصاص بدهد .

نظر بمراتب فوق اگر ماشین یا گاویرا مالك بعمل زراعت یا آبیاری اختصاص

ندارد باشد آن ماشین یا گاو در حکم غیر منقول نخواهد بود ولو اینکه حقیقتاً برای زراعت بکار رود .

٤۹ - در موضوع اموال منقوله که بواسطه اختصاص یافتن بعمل زراعت یاآب یاری در حکم مال غیر منقول محسوب میشوند ، ممکن است مشکلی تولید گردد ، وآن عبارت از این است که آیا اختصاص یافتن بزراعت یاآبیاری شرط حتمی است یا نه ، - باینمعنی که اگر مال منقولی از قبیل ماشین و ادوات دیگر بعوض عمل زراعت بیک عمل صنعتی اختصاص داده شود ، در حکم مال غیر منقول میشود یانه

البته نظر باینکه در حکم غیر منقول نمودن مال منقول اصلی است خارج از قاعده و استثنائی ، بنا بر این مال منقول نمیتواند در حکم مال غیر منقول باشد مگر بموجب نص صریح قانون - واز طرف دیگر ممکن است استدلالاتی نمود که چون فلسفه و منطقی که بموجب آن مال منقول مختص بزراعت در حکم غیر منقول میشود در مورد اموال منقولی هم که بعمل تجارت و صناعت اختصاص مییابد موجود است ، بنا بر این هیچ دلیلی نیست بر اینکه این اموال در حکم غیر منقول نباشد .

ولی چون بطوریکه مذکور شد در حکم غیر منقول بودن اموال منقول مختص بعمل زراعت امری است استثنائی و خارج از قاعده ، لذا نباید این استثنا را بدون نص صریح قانون شامل موارد دیگر نمود اگر چه شاید منافع صناعت و تجارت هم آن را ایجاب کند .

رابعاً - اموالی که بتابعیت اموال غیر منقوله غیر منقول محسوب میشوند

۵۰ - این قسم از اموال غیر منقول شامل بعضی از حقوق و بالنتیجه شامل بعضی از منافع است .

در حقیقت اموالی که جزو منافع محسوب و قابل تلمس نمیباشند ، نمیبایستی در تقسیم اموال بمنقول و غیر منقول داخل کردند . زیرا چگونه مالی را که بواسطه غیر قابل تلمس بودن وضعیت معین ندارد میتوان گفت منقول است یا غیر منقول - ولی چون از طرف دیگر اگر این اموال از تقسیمات عمومی راجع باموال خارج میگشت ممکن بود در عمل از حیث صلاحیت محاکم وغیره تولید مشکلات کند لذا مقنن ناچار شده است

که آنها را بواسطه تابعیت اموال غیر منقولهغیر منقول بدانند .

حال باید دید که بچه وسیله ممکن است تشخیص داد که یك حق منقول است یا غیر منقول .

برای این تشخیص ، مادهٔ ۱۸ قانون مدنی که جمله از حقوق غیر منقوله را ذکر میکند ، ضمناً ملاکی هم معین نمودهٔ است ، و آن عبارتست از موضوع حق . بنــا بر این میتوان گفت که بطور کلی اگر موضوع حقغیر منقول باشد خود حق هم غیر منقول خواهد بود ، وبر عکس اگر موضوع حق منقول باشد خود حق هم منقول خواهد بود

حقوق عمدهٔکه بموجب مادهٔ مزبور تابع اموال غیر منقوله محسوب میشوند عبارت از حقوق ذیل است :

۱ ــ **حق انتفاع که موضوع آن غیرمنقول باشد** ـ حق انتفاع یك حق عینی است برای استفادهٔ از مالغیر یا مالیکه مالك خاصینذارد (مادهٔ ۴۰ قانون مدنی) و موضوعاینحق ممکناست منقول باشد یا غیر منقول ـ درصورت اولیخود حق نیزمنقول ودر صورتثانی غیرمنقول خواهد بود ـ مثل حق عمری وحق سکنی و غیرهٔ

۲ ــ **حق ارتفاق نسبت بملك غیر** ــ برای تصور حق ارتفاق باید دو ملکی فرض نمود که مالك علیحدهٔ داشته باشد و برای مالك یکی در ملك دیگر حقی موجود باشد مثل حقالعبور یا حقالمجری ـ در این صورت همچون موضوع حق غیر منقول است خود حق نیز غیر منقول خواهد بود .

۳ ــ **دعاوی راجعه باموال غیر منقوله** ـ برای اینــکه دعاوی راجعه بمال غیــر منقول غیر منقول محسوب شود بایــد در نتیجه آن مال غیر منقولی داخــل در دارائی مدعیگردد ویا ازحق مالکیت مال غیرمنقولی ناشیشدهٔ ویامربوط بخسارات واردهٔ بر اموال غیر منقوله باشد .

گر چه هیچیك از این سه شرط در ضمن مادهٔ ۱۸ قانون مدنی کهراجع بـاین موضوع است صریحاً ذکر نشدهٔ ، ولی شرط اول را از عبارات آن می توان استنباط و معین نمود که نظر مقنن بر آن بودهٔ است ــ زیرا که عبارات مادهٔ مزبورهٔ میگوید « دعاوی راجعه باموال غیر منقوله از قبیل تقاضاءخلع ید و امثال آن تابع اموال غیر منقوله است » و اگر در این عبارتتدقیق شود ، یعنی التفات باین نکته گردد که مقنن

از یك طرف راجع بودن دعوی را بمال غیر منقول شرط کرده ؛ و از طرف دیگر مالی میزند که بهترین نمونه دعاوی میباشد که بموجب آن ملکی وارد دارائی مدعی‌می‌گردد و یا جزو دارائی او عودت داده میشود ، دیگر جای‌شبهه نخواهد بود که شرط اول منظور مقنن بوده است - و اما نسبت بشرط دوم و سوم یعنی ناشی شدن دعوی از حق مالکیت غیر منقول ویا مربوط بودن آن بخسارات وارده باموال غیر منقوله این دو شرط نیز از ماده ۱۵۷ قانون اصول محاکمات حقوقی استنباط میشود ، چه مطابق ماده مزبوره « دعاوی‌حاصله ازحق‌مالکیت وهرحق دیگری نسبت باموال غیرمنقوله‌و همچنین ادعای‌خساراتی که باموال غیرمنقوله وارد شده است در محکمه رسیدگی میشود که مال غیر منقول در حوزه آن واقع است ». البته در عمل تشخیص دعاوی ناشیه از حق مالکیت اموال غیر منقوله ، خالی از اشکال نخواهد بود . زیرا که بطور کلی میتوان گفت ، هر دعوائی که بنحوی از انحاء مربوط بمال غیر منقول باشد ، ناشی ازحق مالکیت است . مثلا اگر کسی خانه خود را اجاره دهد و از بابت مال‌الاجاره طلبی‌داشته باشد ، دعوائی که برای مطالبه مال‌الاجاره اقامه میکند دعوی ناشی از حق مالکیت خواهد بود ، و حال آنکه مطابق صریح ماده ۲۰ قانون مدنی کلیه دیون از قبیل ثمن مبیع ومال‌الاجاره عین مستاجره در حکم منقول است ولواینکه مبیع یاعین مستاجره از اموال غیر منقوله باشد . پس بر قاضی است که نظر مقنن را استنباط کرده ، وتشخیص دهد که درچه مورد دعوی ازحق مالکیت ناشی ، و بدین جهت غیر منقول محسوب است ، چنانکه در عمل مثلا دعوی راجع بمطالبه اجرت‌المثل املاك دعوی ناشی از حق مالکیت و غیر منقول محسوب شده و باید در محکمه اقامه شود که مال غیر منقول در حوزه آن واقع است .

فصل دوم

در اموال منقوله

۵۱ - ماده ۱۹ قانون مدنی اموال منقوله‌را بطریق ذیل تعریف مینماید : «اموال منقوله عبارتست از اموالی که نقل آن از محلی بمحل دیگر ممکن باشد بدون این که بخود مال یا محل آن خرابی وارد آید .» ولی فوراً بعد از این تعریف ماده ۲۰

قانون مزبور اضافه میکند که « کلیه دیون از قبیل قرض و ثمن مبیع و مال‌الاجاره عین مستاجره از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول است و لواینکه مبیع یاعین مستاجره از اموال غیر منقوله باشد . » پس نظر بمراتب فوق ، دو قسم‌مال منقول موجود است :

اموالی که ذاتا منقولند ـ و اموالیکه در حکم اموال منقولند

الف – اموالی‌که ذاتا منقولند

۵۲ ـ این اموال عبارتند از کلیه اشیائی که قابل حس و تلمس بوده و بتوان آنرا از محلی بمحل دیگر نقل نمود بدون این که بخود یا بمحل آنها نقص یاخرابی وارد آید . بدیهی است که از این زمره باید اموال منقوله‌که به موجب مادهٔ ۱۷ قانون مدنی درحکم غیر منقوله می باشند استثناء شوند.

مادهٔ ۲۱ قانـون مزبـور یکمقدار از اموال منقوله را که داخـل در اینقسم است‌ولی ممکن بود نسبت بانها سوء تفاهمی واقع شود ، ذکر نموده و مخصوصا خواسته است که از سوء تفاهم محتمله جلوگیری نماید‌اموال مزبورهٔعبارتست از انواع کشتیهای‌بزرك و قایقها و آسیاها وحمامهائی که در روی رود خانه و دریاها ساخته میشود و میتوان آن هـا را حرکت داد و کـلیه کار خانه هـائی که نظر بـه طرز ساختمـان جزء بنـای عمارتی نباشد .

اموال مزبور ذاتا منقول هستند ولی توقیف بعضی از آنها نظر باهمیتی‌که دارند ممکن است موافق ترتیبات خاصه بعمل آید و آن بعض مهم عبارتند از کشتی هـا ـ زیرا که ممکن است دولت از نقطه نظر حمایت تجارت بحری برای امکان توقیف کشتی های تجارتی ترتیبات خاصه اتخاذ نماید که حتی المقدور توقیف کشتی های مزبور مشکل گشته و با آنها یکنوع معامله اموال‌غیر منقوله بعمل آید . وبالاخره مادهٔ ۲۲ درتعقیب همان نظریه یعنی احتراز ازسوء تفاهم مقرر میداردکه « مصالح بنائی از قبیل سنك وآجر و غیره که برای بنائی تهیه شده و یا بواسطه خرابی از بنا جدا شده مادامی که دربنا کارنرفته داخل در منقول است »

ب - اموالی‌که در حکم اموال منقوله اند

۵۳ ـ این قسم دوم از اموال منقوله مقابل قسم چهارم از اموال غیر منقوله

است یعنی اموالیکه بتابعیت اموال منقوله منقول محسوب میشوند و عبارتند از بعضی حقوق یا منافع که موضوع آن منقول باشد . البته بهتر میشدکه مقنن این قسم از اموال منقوله را بهمان اسمی که اموال غیر منقوله از این قبیل را موسوم کرده است موسوم مینمود ولی چون حقوقا باین اختلاف اسم اثری مترتب نمیباشد لذا این انتقاد نیز اثر وضعی نخواهد داشت منتهای مراتب از نقطه نظر تسهیل فهم مناسبتر میشدکه با شباهت موضوع وحدت اسم هم اتخاذ شده باشد .

در توضیح اموالی که در حکم اموال منقولند ماده ۲۰ قانون مدنی چنین بیان میکند که « کلیه دیون از قبیل قرض و ثمن مبیع ومال الاجاره عین مستاجره از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول است ولو اینکه مبیع یاعین مستاجره از اموال غیر منقوله باشد »، پس مطابق اینماده اهمیت تشخیص این قسم ازاموال منقول فقط از نقطه نظر صلاحیت محاکم خواهد بود . حال باید دیدکه مقصود از دیون چیست :

۵٤ ـ مقصود ازدیون که در این ماده استعمال شده است حقوقی است که موضوع آن اموال منقوله است ولو اینکه بطور غیر مستقیم مربوط باموال غیرمنقوله باشد وبطور کلی اهم حقوق مزبوره را میتوان در تحت عناوین ذیل تشخیص داد :

۱ ـ حقوقیکه موضوع آن وجه نقد یااشیاءمنقوله باشد ۲ـ حق انتفاع از اموال منقوله ۳ـ دعاوی راجعه به استرداد حق مالکیت یاحق انتفاع در مورد اموال منقوله ٤ـ حق مخترع یامؤلف نسبت به مخترعات یا تألیفات خود ۵ ـ حقوقیکه یکنفر ممکن است در شرکتهای تجارتی یاصنعتی داشته باشد

این حق اخیر غالبا عبارتست از حقی که هریك از شرکاء برای مطالبه منافع سالیانه خود در شرکت و یاسهم الشرکه خود در حین انحلال شرکت دارا میباشند و نسبت باین حق اشکال ذیل تولید میشود و آن این است که هرگاه دارائی شرکت منحصر باموال منقوله نبوده وتمام یاقسمتی ازآن اموال غیر منقوله باشد دراینصورت آیا حقوق شرکاء که مربوط باموال غیر منقوله میشود غیر منقول است یامنقول ؟ برای پیدا کردن راه حل این مشکل باید قدری درماهیت و بلکه در شخصیت شرکت تدقیق شود :

بموجب قانون تجارت شرکت های تجارتی شخصیت حقوقی داشته و فی حد ذاته

یعنی قطع نظر از شخص شرکاء میتوانند دارائی مخصوص داشته باشند ؛ بعبارت اخری در عمل چنین تصور میکنند که دارائی شرکت‌های تجارتی مال مشاع بین شرکاء نبودد بلکه مال خود شرکت میباشد و حقوق شرکاء تبدیل میشود بحق‌مطالبه منافعی که ممکن است شرکت حاصل‌کرده باشدو این منافع همیشه وجه نقدی است که‌آخر هر سال شرکت بشرکاء می دهد ، چون بدینطریق موضوع حق شرکاء وجه نقد میباشد لذا حق آنها هم منقول خواهد بود ولو اینکه شرکت در جزء دارائی خود اموال غیر منقول هم داشته باشد

پس در حقیقت منقول بودن حق شرکاء نتیجه شخصیت حقوقی است که شرکت مستقلا و قطع نظر از شخصیت شرکاء دارا میباشد

ترتیب فوق مشکل است که در شرکت های غیر تجارتی موضوع داشته باشد زیرا که در این شرکت ها اموالی که بشراکت گذاشته شده است ملك مشاع شرکاء میباشد ، و نه مال شرکت ؛ بعبارت اخری مطابق قوانین موجوده مشکل بتوان ادعا نمودکه شرکت های غیر تجارتی هم مثل شرکت‌های تجارتی دارای شخصیت حقوقی میباشند .

نتیجه مهمی که از این تشخیص گرفته میشود آنست که اگر مثلا یکنفر تمام دارائی غیر منقوله خودرا بدیگری صلح یاهبه کند حقوقی که مشار الیه در شرکت‌های تجارتی ممکن است داشته باشد داخل در صلح یا هبه نخواهد بود .

فصل سوم

در اموالی که مالك خاص ندارد

۵۵ ـ مطابق ماده ۲۳ قانون مدنی « استفاده از اموالی که مالك خاص ندارد مطابق قوانین مربوطه بان ها خواهد بود »

پس بموجب اینماده در مقابل اموالیکه ملك افراد است اموالی نیز موجود است که ملك افراد نمیباشد ، و این اموال که در حقیقت از جمله مشترکات بوده و تعلق بعموم دارد اموالی است که دولت یا تشکیلات و موسسات عمومی دیگر از قبیل ایالات و ولایات و غیره بنام عموم و بعبارت اخری بعنوان یکنوع ولایتی که نسبت بتمام یاقسمتی از جامعه دارد متصرف آن شناخته میشود .

حق مالکیت افراد نسبت باموال خود حق مطلق بوده و تقریباً نا محدود است زیرا هر مالکی نسبت بما یملك خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردیکه قانون استثناء کرده باشد و بر عکس حق جامعه نسبت بمشترکات حق محدود است و به همین جهت گفته میشود که مشترکات مال همه است ولی مال هیچکس نیست و بنابر این افراد جامعه نمیتوانند در اموالیکه داخل در مشترکات و مال عموم است، همان تصرفی را نمایند که در اموال‌خصوصی خود میکنند و حتی حق دولت یا تشکیلات عمومی دیگر هم که بنام جامعه مالك مشترکات شناخته میشود محدود میباشد چنانکه اصل ۶۶ قانون اساسی امکان انتقال قسمتی از عایدات یا دارائی دولت را موکول به تصویب مجلس شورای‌ملی مینماید و همین طور قوانین راجعه به محاسبات عمومی فروش اموال متعلقه بدولت را در موردیهم که مجوز قانونی موجود باشد مشروط بمزایده مینماید .

مشترکاتیکه قانون نظر باهمیت خاص آنها اسم برده است ازقرار ذیل میباشد :

۵۶ - اول- طرق و شوارع‌عامه و کوچه‌هائیکه آخر آن‌مسدود نیست(ماده۲۴) : این اموال راهیچیك از افراد نمیتواند تملك نماید ولی درکوچه‌هائیکه آخر آن محدود است صاحبان خانهای واقعه در آنجا یکنوع حق مالکیت‌خصوصی دارند معذالك حدودآن باندازه مالکیت در اموال خصوصی نمیباشد .

۵۷ - دوم - پلها - کاروان‌سراها - آب‌انبارهای عمومی - مدارس قدیمه -میدانگاه های عمومی - چاهها - قنوات واموال‌دیگراز این قبیل‌که مورد استفاده عموم‌است(ماده۲۵) این اموال را نیز مثل طرق و شوارع عمومی هیچ یك از افراد نمی تواند تملك کند .

۵۸ - سوم - اموال دولتی که معد است برای مصالح یا انتفاعات عمومی ، مثل استحکامات و قلاع و خندقها و خاکریز های نظامی و قورخانه واسلحه و ذخیره وسفاین جنگی و همچنین اثاثه و ابنیه سلطنتی و موزه ها و کتابخانهای عمومی و آثار تاریخی و امثال آنها و بالجمله آنچه که از اموال منقوله و غیر منقوله دولت به عنوان مصالح عمومی و منافع ملی در تحت‌تصرف دارد (ماده۲۶) این اموال نیز قابل تملك خصوصی نمیباشند .

۵۹ - چهارم - اموالی که موافق مصالح عمومی بایالت یا ولایت یا ناحیه یا به شهری اختصاص داشته باشد . (مادهٔ ۲۶)

۶۰ - بعلاوهٔ اموال مزبورهٔ فوق و امثال آنها ، که با وصف مشترك بودن بین مردم ، دولت مالك آن شناخته میشود ، اموال مشترکهٔ دیگری موجود است که درتحت نظارت و تصرف دولت بوده ولی ممکن است قوانین و نظامات بافراد مردم اجازه دهدکه آنها را بطور خصوصی تملك نمایند و یا از آنها استفاده کنند مثل اراضی و صحاری که بدون آبادی و کشت و زرع بوده و معطل افتاده و مالك معین نداشته باشند این اموال را مباحات می نامند به این معنی که تصرفات افراد در آن ها و حق تملك خصوصی آن ها با رعایت نظامات مربوطه برای همه مردم مباح می باشد (مادهٔ ۲۷)

۶۱ - بالاخره در ردیف اموالی که مالك خاص ندارد اموال مجهول‌المالك است .

این اموال اگر چه در حقیقت مالك خاص دارد ولی نظر باین که مالك مزبور مجهول است و بهیچوجه ممکن نیست که آنرا معین کرده و معلوم نمود که آیا نسبت بما یملك خود حق مالکیت خود را محفوظ داشته و یا از آن اعراض کرده است لذا مقنن این اموال را تقریباً در ردیف اموالی که مالك خاص ندارد در آورده و بموجب‌مادهٔ ۲۸ قانون مدنی مقرر داشته است که اموال مزبوره با اذن حاکم یا ماذون ازقبل حاکم بمصارف فقرا برسد

باب دوم

در حقوق مختلفه که برای اشخاص نسبت باموال حاصل میشود

۶۲ - مطابق مادهٔ ۲۹ قانون مدنی «ممکن است اشخاص نسبت باموال علاقه های ذیل را داشته باشند :

۱ - مالکیت اعم از عین یا منفعت - ۲ - حق انتفاع - ۳ - حق ارتفاق به ملك غیر »

حقوق مذکوره در مادهٔ ۲۹ حقوق عینی مهمه‌ایست که یکنفر میتواند نسبت باموال داشته باشد ولی تمام حقوق عینی را مقنن ذکر نکرده است مثل حق عینی که مرتهن

نسبت بمال مرهون دارد ـ و علت این نکته آنست که سایر حقوق عینی حقوق فرعیه ایست که بالمآل ممکن است تبعاً بیکی از حقوق سه گانه فوق ملحق شود و در هرحال هریك از حقوقی که موضوع مادهٔ ۲۹ است باید علیحده تحت مداقه درآید :

فصل اول

در مالکیت

۶۳ ـ مالکیت کامل‌ترین حق عینی است که یکنفر می تواند نسبت بیك چیزی داشته باشد و حقوق عینی دیگر در حقیقت از مراتب مالکیت است که دربارهٔ کسی غیر از مالك برقرار میشود مثل حق سکنی و غیره .

بنا براین مالکیت رامیتوان بطریق ذیل تعریف نمود :

مالکیت حقی است که بموجب آن یك چیزی بطور مطلق و انحصاری در تحت اختیار و ارادهٔ یکنفر واقع میشود . نظر باین تعریف وقوع شیئی در تحت اختیار و ارادهٔ یکنفر باید هم بطور مطلق و هم بطور انحصاری باشد و در نتیجه همین اطلاق اختیار است که مقنن حقوق مالك را نسبت بمملوك خود تعداد نکرده بلکه بموجب مادهٔ ۳۰ مقررداشته‌است که هرمالکی نسبت بمایملك خودحق‌همه گونه تصرف وانتفاع دارد وچنانچه مادهٔ ۳۱ قانون مدنی که در حقیقت تکرار اصل ۱۷ متمم قانون اساسی است این معنی را بیان کرده و میگوید که « هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمیتوان بیرون کرد مگر بحکم قانون » یعنی مالك میتواند از تمام منافع متصورهٔ ملك خود بر خوردار شود بدون اینکه اصولا کسی حق ممانعت داشته باشد ، و بعلاوه مالك از ملك خود بنحوی که مقتضی میداند استفاده میکند و حال آنکه‌منتفع یعنی کسیکه مثلا حق سکنی دارد نمیتواند بطور دلخواه از این حق خود استفاده کند بلکه مجبور است که حقوق مالکیت مالك عین را رعایت نماید.

اطلاق‌اختیار مالك در تصرفات راجعه بملك خود محدود نمیشود مگر بحکم قانون. چنانکه این معنی بموجب قسمت اخیر مادهٔ ۳۰ قانون مدنی تصریح شده است و بنابر این.

مالك میتواند در حدود قوانین نسبت بما یملك خود همه گونه تصرفات نماید و لو اینکه از تصرفات او ضرری بغیر وارد شود، و این در حقیقت همان اصل الناس مسلطون علی اموالهم است که بدین طریق بیان شده ولی بدیهی است که نباید از این اصل سوء استفاده نمود ، زیرا همانطوریکه مالك متوقع استدیگران حق مالکیت اورا رعایت نمایند، همانطور دیگران نیز حق دارند که رعایت حق خود را ازاو بخواهند ، و بهمین جهت مادهٔ ۱۳۲ مقرر میدارد که « کسی نمیتواند در ملك خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که بقدر متعارف و برای رفع حاجت یادفع ضرر ازخودباشد ». پس باید قبول نمود که حق مالکیت اشخاص باید تا اندازهٔ تضییق شود که بحقوق و منافع دیگران لطمه وارد نسازد و این همان اصل لا ضرر ولا ضرار است که باید رعایت شود. بنابر این محاکم باید در مورد اختلاف بین دو مالك همسایه قواعد عدل و انصاف و همچنین منافع هیئت جامعه را در نظر گرفته و باالتفات بمفهوم مادهٔ ۱۳۲ که برای تصرفات مالك در ملك خود حدی قائل شده است ، اندازهٔ نار احتی و بی‌آسایشی را که هر همسایه باید از تصرفات مالکانه همسایه خود متحمل شود ، معین کند و در نتیجه همین فکر محکمه میتواند مالکیرا که تصرفات اوتخطی‌ازحدمتعارف تجاوزمیکند یاازحدودیکه برای رفع احتیاج و یادفع ضرر از خود لازم استتخطی‌مینماید و بدینطریق موجبات تضرر و یاسلب آسایش همسایه خودرا فراهم می‌آورد محکوم بدفع ضرر همسایه کرده و اورامازم نماید که تصرفات مالکانه خودرا محدود سازد ، ومحکمه این تصمیم رانه فقط نسبتبمالك همسایه میتواند اتخاذ کند بلکه آنرا میتواند نسبت بهرمالکی‌هم اتخاذ کند که برای اضرار دیگری در مال خود تصرفاتی مینماید .

نتیجه انحصاری بودن اختیار مالك که در ضمن تعریف مالکیت ذکر شد آنست که مالك می‌تواند ازهرگونه تصرف غیر در ملك خود جلوگیری کند ولو اینکه از این‌تصرف بهیچوجه ضرری‌عاید شخص‌یاملك اونشود مثلا هرکس مختار است ازگردش کردن دیگران در ملك خود جلوگیری کند ولو اینکه ازاین گردش بهیچوجه ضرری عاید اونشود .

۶۴ ــ مطابق قوانین موجودهطرق اثبات مالکیت همان است کهبرای اثبات سایر حقوق مقرراست ولیکن در مورد مالکیت مادهٔ ۳۵ قانون مدنی اصل‌تصرف رادلیل قرارداده و می‌گوید « تصرف بعنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابتشود ».

قبل از ورود بتشریح این فکر لازم است به‌بینیم که تصرف یعنی چه ، دراصطلاح حقوقی تصرف دو معنی دارد: یکی عام ودیگری خاص . بمعنی عام تصرف عبارتست از هر عملی که انسان بموجب آن در چیزی تحویلاتی‌بنماید که‌کاشف از اجرای حق‌واقعی یا ادعائی او باشد و تصرف باین معنی فرع مالکیت است .

بمعنی خاص تصرف عبارتست از ذوالید بودن یعنی تسلط بر مالی داشتن وتصرف به این معنی دلیل‌مالکیت است .

اگر مقنن تصرف را دلیل مالکیت قرار داده از این نقطه نظر است که معمولا هرچیز یاحقی در ید مالک آن میشود ، وبنابر این محاکم باید ذوالید را مالک بشناسند مگر اینکه عکس آن ثابت گردد ، و البته شخص متصرف ، بهمین جهت که تصرف‌او امارهٔ مالکیت است ، موقعیتی خواهد داشت که بمراتب از موقعیت طرف او نافعتر می‌باشد زیرا که متصرف سمت مدعی علیهی را احراز‌کرده و مجبور نخواهد بود‌که موضوع ادعا را ثابت کند ، بلکه اثبات ادعا بر عهدهٔ طرف مقابل او که سمت مدعی را پیدا میکند خواهد بود ، ولی بدیهی است که هر تصرفی نمیتواند دلیل مالکیت باشد — مثلا تصرف بعنوان غیر یا از قبیل غیرمثل‌تصرف ولی‌در اموال مولی‌علیه ویا تصرف‌مستاجر در عین مستاجره دلیل مالکیت نیست ، و اگر متصرف بخواهد تصرف‌خود را دلیل - مالکیت قرار دهد باید بعنوان مالکیت هم متصرف‌باشد چنانکه مادهٔ ٣٦ قانون مدنی مقرر میدارد « تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مملک یا ناقل قانونی نبوده معتبر نخواهد بود » و نیز در تعقیب همین نکته مادهٔ ٣٧ قانون‌مزبور مقرر میداردکه اگر « متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است در این صورت مشارالیه نمیتواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور بتصرف خود استناد کند مگر اینکه ثابت نماید که ملک بناقل‌صحیح باومنتقل‌شده است . » زیرادراین صورت مسلم‌است‌که شخص‌متصرف با اقرار بمالکیت سابق مدعی خود ، قلب دعوی کرده ، و تصرف‌خود رابعنوان مالکیت متزلزل مینماید و باستصحاب بقای مالکیت مالک سابق ، دیگر خودمتصرف نمیتواند ادعای تصرف به عنوان مالکیت‌کند ، مگر اینکه ثابت نماید که ملک بموجب یکی از اسباب تملک صحیحاً باو منتقل شده است .

فصل دوم

در حق انتفاع

۶۵ ـ بموجب مادهٔ ۴۰ قانون مدنی « حق انتفاع عبارت ازحقی است که بموجب آن شخص می تواند از مالی که عین آن ملك دیگری است یا مالك خاصی ندارد استفاده کند » .

هر گاه بتعریف مزبور فوق وتعریفی که در مادهٔ ۹۳ قانون مدنی ازحق ارتفاق ذکر شده و بموجب آن « ارتفاق حقی است برای شخص در ملك دیگری » مراجعه شود ، معلوم میگردد که بین حق انتفاع و حق الارتفاق شباهت تامی موجود است و بلکه این شباهت ظاهراً باندازهٔ زیاد است که ممکن است این دو حق یکی فرض شود .
زیرا مگر نه حق انتفاع حقی است که بموجب آن شخص میتواند از مالیکه عین آن ملك دیگری است استفاده کند ، ومگرنه حق ارتفاق حقی است برای شخصی درملك دیگری یعنی حقی که بموجب آن شخص میتواند از ملك دیگری انتفاعی ببرد ؟

پس این دوحق موضوعاً یکی میباشد وآن عبارتست ازامکان انتفاع از مال دیگری. ولی مسلم است که نباید فریفته این شباهت صوری شد و از فرق عمدهٔ که بین این دو حق موجود است غفلت نمود . فرق مزبور عبارتست از اینکه حق انتفاع غالباً به نفع شخص معین بر قرار میشود و شخص منتفع منحصراً میتواند از آن استفاده کند و بعبارت اخری این حق حقی است قائم بشخص ، و بر عکس حق ارتفاق حقی است که غالباً بنفع شخص غیر معین و بلکه اگر بشود گفت بنفع ملك معین بر قرار میشود واگر شخص صاحب این حق شناخته شود ، نه باعتبار اینست که آن حق را شخصاً دارا میباشد ، بلکه باعتبار اینست که صاحب ملکی است که حق مزبور بنفع آن ملك بر قرار شده است . راست است که علی الاصول نمیشود تصور نمود که حقی بنفع ملکی بر قرار شده باشد ، یعنی ملکی در مقابل ملك دیگر صاحب حق وداین بوده و ملك دیگر در مقابل آن مدیون باشد ، ولی حقیقت حق ارتفاق تقریباً همینطور است ، و بعبارت اخری این حق حقی است قائم بملك ، مگر در مواردی که حق ارتفاق مخصوصا بنفع شخصی برقرار شده باشد باینمعنی که آن شخص بتنهائی بتواند از این حق استفاده کند ، در اینصورت

بدیهی است که حق مزبور تعلق بملك نخواهد داشت واگر صاحب‌حق ملك خودرا بفروشد و یا آن ملك بنحوی از انحاء بدیگری منتقل شود مالك جدید از حق مزبور استفاده نخواهد کرد ودر این صورت می توان گفت که‌این‌حق حق انتفاع‌است ونه ــ حق ارتفاق .

در قانون مدنی سه قسم حق انتفاع ذکر شده است : ۱ ــ عمری ورقبی و سکنی ۲ ــ وقف ۳ ــ حق انتفاع از مباحات

مبحث اول

در عمری و رقبی و سکنی

٦٦ ــ مطابق ماده ٤١ قانون مدنی « عمری حق انتفاعی‌است که بموجب‌عقدی از طرف مالك برای شخص بمدت عمر خود یاعمر منتفع یاعمر شخص ثالثی بر قرارشده‌باشد » پس چیزی که صفت ممیز این قسم از حق انتفاع میباشد ، بر قرار شدن آن برای مدت عمر است ، و بهمین جهت آنرا عمری میگویند . و این حق ممکن است برای مدت عمر خود مالك عین ، ویا برای مدت عمر شخص منتفع ، و یا برای مدت عمر ثالثی برقرار گردد ، هر گاه حق انتفاع برای مدت عمر معین نشده و بر عکس برای مدت معینی مثل ده یا بیست سال معین بشود ، آنرا رقبی میگویند ، چنانکه ماده ٤١ قانون مدنی تصریح بر این معنی دارد . و هر گاه حق انتفاع عبارت از سکونت در مسکن باشد حق سکنی نامیده میشود . و این حق ممکن است بطریق عمری ، یعنی برای مدت عمر مالك یا منتفع و یا شخص ثالث بر قرار شود ، یا بطریق رقبی ، یعنی برای مدت معین ، و بالاخره اگر مالك برای حق انتفاع مدتی معین نکرده باشدحبس مطلق بوده و حق مزبور تافوت مالك خواهد بود ، مگر اینکه مالك قبل از فوت خود رجوع کند (ماده ٤٤)

اسم عام تمام این قبیل حق انتفاع که فوقا مذکور است ، حبس میباشد و آنرا برای این حبس میگویند که مالك بوسیله آن عین‌المال را توقیف و حبس مینماید وبا توجه بمراتب فوق ممکن است برای حبس تقسیمات ذیل معین گردد .

الف ــ موضوع حق انتفاع غیر از سکونت است در اینصورت ممکن است حبس مطلق باشد یا حبس عمری و یا حبس رقبی .

ب ــ موضوع حق انتفاع سکونت است در مسکنی در اینصورت نیز ممکن است

سکونت مطلق باشد یا سکونت بطریق رقبی و یا به طریق عمری .

۶۷ — در تمام موارد فوق‌حق انتفاع را فقط دربارهٔ شخص یا اشخاصی میتوان بر قرار کرد که در حین ایجاد حق مزبوروجود داشته باشند ، بنابر این برای کسیکه‌فوت نموده یا برای کسیکه نطفه او منعقد نشده است ، نمیتوان حق انتفاعی بر قرار نمود ولی نسبت بحمل یعنی طفلی که نطفه او بسته شده و هنوز متولد نگشته است ممکن است حق انتفاع بر قرار کرد ، و استقرار این حق منوط به‌آن خواهد بود که طفل‌زنده متولد گردد چنانچه در ارث مذکور خواهد شد .

نظر بمراتب فوق کسیکه وجود ندارد نمیتواند منتفع واقع شود ، ولی مطابق قسمت اخیر مادهٔ ۴۵ که قسمت اول آن وجود منتفع را در حین ایجاد حق انتفاع‌شرط صحت عقد قرار داده ، ممکن است این حق برای کسانیکه در حین عقد بوجود نیامده اند بر قرار شود ، مثلا ممکن‌است که‌حق انتفاع برای کسیکه مستقلا وجود دارد اصالتاً معین و ضمناً قید شود که حق مزبور بعد از فوت منتفع مال اولاد او خواهد بود ولو اینکه آن شخص هنوز اولادی نداشته باشد و یابعد از استقرار حق انتفاع اولادجدیدی برای او متولد شود ، در اینصورت حق‌مزبور نسبت باولادیکه در حین عقد وجودنداشته بتبعیت موجود برقرار میگردد و این‌حق مادام‌که صاحبان حق موجودهستند باقی و بعد از انقراض آنها زائل میگردد (مادهٔ ۴۵) .

۶۸ — منتفع باید از مالی که موضوع حق انتفاع است سوء استفاده نکرده و در حفاظت آن تعدی یا تفریط ننماید ، پس‌بموجب این اصل منتفع باید پس از انقضاء مدتی که حق انتفاع برای آن مدت بر قرار شده استعمال موضوع انتفاع را بمالك‌عین ردکند. بنابر این موضوع حق انتفاع نمیتواند مالی باشد که استفاده از آن بابقاء عین ممکن نیست زیرا که عین اموال مزبور بمحض مصرف یا استعمال فانی میشود ، و همین نظریه است که در مادهٔ ۴۶ قانون مدنی تأیید گشته ، مادهٔ مزبوره مقرر میداردکه «حق انتفاع ممکن است فقط نسبت‌بمالی برقرارشودکه استفاده از آن یابقاء عین ممکن باشد اعم ازاینکه مال منقول باشد یاغیر منقول ومشاع باشد یامفروز.»

حق انتفاع حق عینی است و بین منتفع و موضوع حق‌رابطه مستقیمی پیدا میشود و مشار الیه میتواند مالی را که موضوع حق است درید هرکس که باشد تعقیب کندو

برای استرداد آن و یا برای تکمیل وسائل انتفاع خود دیگر بهیچوجه حق رجوع بمالك ـ عین راندارد چنانکه اگر مالك عین در خانهٔ که موضوع حق سکنی است تعمیراتی ننماید حتی باندازهٔ از تعمیر آن صرف نظر کند که برای منتفع قابل انتفاع نباشد منتفع حق ندارد که مالك عینرا مجبور بتعمیر کند و حال آنکه حق مستاجر با وجود اینکه بی شباهت بحق منتفع نیست اساساً حق عینی نمیباشد ومستاجر می تواند به شخص موجر رجوع کرده مطالبه تعمیرات لازم برای استفاده از عین مستاجره را به نماید .

اگر در اموالی که موضوع حق انتفاع میباشد درست دقت گردد ، ملاحظه خواهدشد که نسبت باین اموال دو حق مستقل و متمایز موجود است : حق مالـکیت عین وحق انتفاع ، و از این تمایز بین حقین این نتیجه اخذ میشود که بین مالك عین و مالك حق انتفاع یك مال بهیچوجه شرکت و نحوه اشاعه موجود نمیباشد زیرا که مشاع بودن حق فرع آن است که حق هردو مالك نسبت بهمان مال از یك جنس باشد . بنابر این مالك مشاع میتواند تقاضای افراز کند و حال آنکه منتفع و مالك عین همان مال که حقی بنحو اشاعه ندارند نمیتوانند تقاضای افراز کنند .

حق انتفاع در نتیجه عقد یا قرار داد بین مالك عین و منتفع برقرار میشود و نیز ممکن است ضمن وصیت برقرار گردد در هردو صورت حق انتفاع بلا عوض است واگر بین مالك و منتفع در مقابل این حق اجرتی معین میشد اجاره محسوب میگشت نه حق انتفاع ، معذلك ممکن است که مالك ضمن عقد شرط کند که منتفع مخارجی را نیز متحمل گردد . مثلا هرماه یا هرسال فلان مبلغ بفلان آدم بدهد .

۶۸ ـ استقرار حق انتفاع نسبت بیك مال در حقیقت بمنزله انتقال یك قسمتی از حقوق مالکیت است ، بنابر این کسیکه نسبت بمالی حق انتفاعی برقرار میکند، باید اولا مالك آن مال باشد و چنانکه هیچکس نمیتواند ملك غیر را صحیحاً بدیگری منتقل کند همانطور نسبت بملك غیر هم نمیتواند صحیحاً حق انتفاعی برقرار سازد ، و اگر اقدام به چنین امری نمود امر فضولی است که محتاج باجازهٔ مالك خواهد بود ، ثانیاً آنشخص باید اهلیتیرا که برای تصرف در مال خود لازم است داشته باشد بنا بر این صغیر مثلا نمیتواند نسبت بمال خود حق انتفاعی برقرار سازد ، علاوه بر مراتب فوق، برای اینکه حق انتفاع صحیحاً برقرار شود، منتفع باید مالیراکه موضوع حق انتفاع است قبض کند یعنی

بان مال استیلا پیدا نماید ، چنان که همین ترتیب را ماده ۴۷ قانون مدنی تصریح کرده است . پس اگر کسی نسبت بمالی حق انتفاعی بر قرار نمود ، و آن را بتصرف منتفع ندادو منتفع نسبت به آن مال استیلا پیدا نکرد حق مزبور برقرار نخواهد بود ، ولی بدیهی است که اگر حق انتفاع بموجب وصیت بر قرار گردد قبض بعدالموت شرط است نه قبض قبل از فوت.

۶۹- بطوری که فوقاً مذکور شد مطابق ماده ۴۸ قانون مدنی منتفع باید ازمالیکه موضوع حق انتفاع است سوء استفاده نکرده و درحفاظت آن تعدی یاتفریط نکند بنابراین اگر تعدی یا تفریط نماید باید از عهده خسارات وارده برمالك عین برآید ، پس لازم است که معلوم شود مقصود از تعدی یا تفریط چیست :

۷۰ - مطابق ماده ۹۵۱ قانون مدنی تعدی عبارتست از« تجاوزنمودن ازحدود اذن یا متعارف نسبت بمال یاحق دیگری .» و مطابق ماده ۹۵۲ تفریط عبارتست از«ترك عملیکه بموجب قرار داد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است »، پس هرگاه کسی که مأذون در تصرف حق یا مال غیر نبوده است ، درآن تصرف نماید، و یااگر ماذون بوده است از حدود اذن تجاوز کند، یا بطور کلی نسبت بحق یامال غیر اقدام یاتصرفاتی بنماید که ازحد متعارف و معمول خارج میباشد ، متعدی محسوب و بایداز عهده خسارات وارده بر مالك برآید . وهمچنین اگر کسی که موظف بر حفظ مال غیر است عملی را که بموجب قرار داد یاموافق معمول و عادت برای حفظ آن مال لازم است ترك کند ، مرتکب تفریط شده ودرمقابل مالك ضامن و مسئول خواهد بود . مثلا اگر کسی اسب سواری را عاریه نماید ، و آن اسب را بدرشکه به بندد، ویا باری برآن حمل کند ، متعدی محسوب خواهد بود، و همچنین ، اگر کسی فرشی اجاره یا عاریه کند، وآن‌را در موقع بید جاروب نزند، ویا تکان ندهد ،بنحوی که آن را بید بزند مرتکب تفریط شده و ضامن خواهد بود، و بالاخره بموجب ماده ۹۵۳ قانون مدنی « تقصیر اعم است از تفریط و تعدی .» یعنی هم تفریط و هم‌تعدی راتقصیر می گویند.

۷۱ - باعطف توجه بمراتب فوق معلوم میشود که منتفع باید از مالی که‌موضوع حق انتفاع است سوء استفاده نکرده و در حفاظت آن همه قسم توجه و مواظبت که بطور متعارف هر مالکی نسبت به آن قسم از اموال خودبعمل می آورد معمول دارد.

معذالك مطابق مادهٔ ۴۹ قانون مدنی منتفع مجبور نیست مخارجی را که برای نگاهداری مال موضوع انتفاع لازم است متحمل گردد مگر این که خلاف آن شرط شده باشد .

دربادی امر بین این دو مادهٔ ، یعنی مادهٔ ۴۸ ومادهٔ ۴۹ که بموجب یکی منتفع باید نسبت بمالی که موضوع انتفاع است تعدی یا تفریط نکند ، وبموجب دیگری منتفع مجبور نیست که مخارج لازمه برای نگاهداری آن مال را متحمل گردد ، تنافی بنظرمیرسد . زیرا از یك طرف اگر منتفع عملی را که برای حفاظت مال لازم است انجام دهد ، مسلماً انجام آن عمل ممکن است برای او تولید مخارج نماید ؛ وازطرف دیگر منتفع مجبور بتحمل مخارج لازمه برای نگاهداری مالی که موضوع حق انتفاع است نمی باشد ، پس چگونه ممکن است بین این دو وضعیت که یکی بر منتفع تحمیل مخارج می نماید و دیگری او را از تحمل آن معاف میدارد التیام داده شود .

تنافی مزبور فقط صوری است ، و بدین طریق رفع می شود که موضوع حق انتفاع مستلزم دو قسم مخارج است ، یکی مخارجی که برای وجود و بقای آن لازم است ، ودیگری مخارجی‌که برای انتفاع ازآن ضرورت دارد . مثلانسبت به اسبیکه موضوع انتفاع است ، مئونه‌لازم است ، که بوسیله‌آن اسب زنده و باقی بماند مثل خوراك . و مخارجی لازم است که منتفع بتواند از آن استفاده کند ، مثل زین و رکاب برای اسب سواری ، و پالان و افسار برای اسب باری ، مخارج ازقسم اول که بموجب مادهٔ ۴۹ به مخارج نگاهداری تعبیر شده است به عهدهٔ مالك و مخارج از قسم دوم به عهدهٔ منتفع می باشد .

۷۲ ـ تشخیص اینکه‌کدام خرج لازمهٔ وجود و بقاء مال ، وکدام لازمهٔ انتفاع از آن است ، بعهدهٔ عرف و عادت است و قاضی باید در صورتیکه قراردادی موجود نباشد مطابق عرف و عادت حکم دهد . و در هرحال منتفع باید نسبت بمالی که موضوع‌انتفاع است سوء استفاده نکردهٔ ، و نسبت به آن تعدی یا تفریط نکند ، و الا مطابق فقرهٔ ۱ مادهٔ ۵۲ قانون مدنی مسئول خواهد بود . و برعکس اگر مالی که موضوع انتفاع است تلف شود بدون این که از طرف منتفع تفریط یا تعدی شده باشد ، مشارالیه بهیچ وجه مسئولیتی نخواهد داشت .

مسئولیت منتفع در مقابل تضررات مالك منحصر بتلف شدن مال در نتیجه تفریط یا تعدی اونبوده ، بلکه مطابق فقره ۲ از مادهٔ ۵۲ ، مشارالیه درصورتی هم ضامن تضررات مالك است که شرایط مقررهٔ از طرف مالك را رعایت ننماید ، و این عدم رعایت موجب خسارتی بر موضوع حق انتفاع باشد . بدیهی است که در این صورت علاوه برمسئولیت منتفع راجع به خسارات ، مالك عین حق فسخ نیز خواهد داشت ، چنان که در ضمن خیار تخلف شرط مذکور خواهد شد .

۷۳ ـ مطابق مادهٔ ۵۱ حق انتفاع در موارد ذیل زائل میشود .

۱ ـ در صورت انقضاء مدت یعنی هرگاه حق انتفاع برای مدت عمر کسی معین شده باشد بفوت او ، و هرگاه برای مدت معینی برقرار شده باشد بانقضاء آن مدت و هرگاه بطور مطلق برقرار شدهٔ باشد بفوت مالك .

بر طرف شدن حق انتفاع بفوت مالك در صورت مطلق بودن حبس ، نه منباب این است که عمر مالك برای آن بعنوان مدت معین شدهٔ باشد ، و الا این خود یك نوع از عمری میشد ؛ بلکه از این حیث است ، که بر خلاف عقد عمری ، که بعد از قبض لازم میشود و دیگر نمیتوان آن را بهم زد مگر در موارد معینه در قانون یا بر طبق خیار فسخ ، عقد حبس مطلق عقدی است جایز ، و مثل تمام عقود جایزهٔ و بر طبق مادهٔ ۹۵۴ بفوت احد طرفین فسخ میشود . پس مقتضی بود که مادهٔ ٤٤ قانون مدنی به طریق ذیل تدوین شدهٔ باشد (در صورتی که مالك برای حق انتفاع مدتی معین نکردهٔ باشد حبس مطلق بودهٔ ، وحق مزبور تا فوت مالك یا منتفع خواهد بود الخ)

۲ ـ در صورت تلف شدن مالیکه موضوع انتفاع است

۷٤ ـ مالکی که نسبت بمال خود حق انتفاعی بر قرار می نماید حق مالکیت خود را محدود می کند ، ولیکن حق مزبور از مشارالیه سلب نمی گردد ، و بنا بر این مشارالیه می تواند عین مال را به دیگری منتقل کند ، و بموجب مادهٔ ۵۳ قانون مدنی این انتقال به هیچوجه موجب بطلان حق انتفاع نمیشود ، ولی اگر کسی که عین باو منتقل شده است جاهل بر وجود حق انتفاع باشد ، اختیار خواهد داشت که معامله را فسخ کند .

۷۵ ـ نسبت بتصرفاتی که منتفع میتواند درمالی که موضوع انتفاع است بنماید ، در قانون مدنی بغیر از مادهٔ ۴۸ و ۵۰ که منتفع را از سوء استفاده ممنوع و در صورت تعدی یا تفریط مسئول می نماید ، تصریح دیگری نشده است . ولی ، مطابق مادهٔ ۵۴ قانون مزبور ، سایر کیفیات انتفاع از مال دیگری بنحوی خواهد بود که مالك قرار داده یا عرف و عادت اقتضاء نماید . پس برمنتفع لازم‌است ترتیباتی راکه برای انتفاع از طرف مالك مقرر شده است رعایت نماید و در صورت مسکوت بودن عقد راجع بکیفیات انتفاع ، انتفاع مزبور را بر طبق عرف و عادت نماید .

۷۶ ـ در عنوان احکام قانونی و با نبودن قرارداد مخصوصی بین طرفین ، عرف و عادت در روابط حقوقی اشخاص حکم فرمائی‌مینماید ، و بر عهدهٔ قاضی است که در هر مورد آن را تشخیص دهد ـ و البته در موارد تشخیص باید تمام کیفیات و قوانینی که به موجب آن ممکن است بـه قصد طرفین پی بردہ شود در نظر گرفت ، مثلا در حق انتفاعی که به طریق سکنی برقرار می شود ، اگر منتفع ادعا نماید که حق اجاره دادن مورد انتفاع را دارد . باید تدقیق کرد که آیا حق انتفاع نظر به شخص منتفع و برای این که خود مشارالیه در خانه سکونت کند بر قرار شده است و یا قطع نظر از سکونت شخص او وفقط برای رسانیدن منفعتی برقرار شده ، توضیح آنکه اگر برای کسی که نظر به وضعیت وحیثیات خـود نمی تواند در خانه محقری سکونت کند در یك خانه محقری حق سکـونتی برقرار شود بدیهی است کـه منظور مالك عین سکونت شخص منتفع نبوده است و بنا بر این منتفع می تواند از آن خانه بـه طریق اجاره و غیره استفاده کند و اگر بر عکس مثلابرای بقالی نسبت به یك دکان بقالی حق انتفاعی برقرار شود بدیهی است کـه نظر مالـك انتفاع شخص منتفع بوده از عین ملك و بنا بر این منتفع نخواهد توانست که ن دکان را اجاره دهد ، چه بطور کلی در حق انتفاع قید مباشرت مستتر است مگر اینکه قرائنی بر خلاف آن موجود باشد .

پس در هر مورد به خصوص باید تمام کـیفیات در نظر گـرفته شود تا اندازه تصرفاتیکه منتفع می تواند بنماید و سایر کیفیاتی که حق خود را بروفق آن باید اجرا کند معلوم گردد .

مبحث دوم

در وقف

۷۷ ـ مطابق مادهٔ ۵۵ قانون مدنی «وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود» چون تعریف مزبور فوق شاید برای همه کس مفهوم نباشد لذا محتاج بتوضیح است :

مقصود از این که عین مال حبس شود ، آنست که مالك عین مالی را که وقف میکند بطور مؤبد غیر قابل انتقال قرار دهـد ، و مقصود از اینکه منافع آن تسبیل شود ، آنست که واقف از منافع آن شخصا صرف نظر کـرده و صرف آنرا برای مقاصدیکه غالبا مقاصد نوعیه و خیریه میباشد مقرر دارد .

۷۸ ـ موافق مادهٔ ۵۶ برای این که وقف به صحت واقع شود ایجاب وقبول لازم است .

بطور کلی ایجاب عبارت است از اینکه احد متعاملین قصدی را کـه برای انجام آن معامله دارد بلفظی که کاشف از آن قصد باشد انشاء کـند ؛ و قبول آنست کـه طرف دیگر وقوع معامله را بلفظی که کاشف از قبول باشد قبول کند . مثلا در معامله بیع ایجاب عبارت است از اینکه بایع بقصد انشاء بگوید فروختم و یا هر عبارت دیگری که صراحتا دلالت بر این معنی کند ، و مشتری به گوید خریدم یا هر لفظ دیگری که کاشف از این قصد باشد .

قبول وقف در صورتیکه موقوف علیهم محصور باشند ، مثل اینکـه کسی مالی را وقف بر اولاد خود کند ، باید بوسیله طبقه اول از آنها بعمل آید یعنی طبقه کـه فعـلا موجودند و باید از وقف استفاده نمایند . و هرگاه موقوف علیهم غیر محصور باشند ، یا وقف بر مصالح عامه باشد ، قبول باید از طرف حاکم به عمل آید (مادهٔ ۵۶ قانون مدنی)

۷۹ ـ علاوه بر ایجاب وقبول ، همان طوری که نسبت بعقد عمری و رقبی ذکر شد ، واقف باید مالك مالی باشد که آنرا وقف میکند و برای معامله کردن هم اهلیت

داشته باشد (مادهٔ ٥٧ قانون مدنی) بنابر این وقف مال غیر صحیح نبوده و محتاج به اجازهٔ مالك است .

٨٠ - نظر بمفهوم مادهٔ ٥٦ قانون مدنی که وقوع وقف را موکول بایجاب وقبول مینماید وقف ازجمله عقود محسوب شده است یعنی ازجمله معاملاتی که بین‌الاثنین واقع میشود ورضای طرفین در آن شرط است وحال آنکه تعریفی که مادهٔ ٥٥ قانون مزبور از وقف نموده است مثل آنست که مقنن وقف را ایقاع تلقی می‌نماید زیرا که در تعریف مزبور بهیچ وجه به آن طرف دیگر معامله که موقوف علیهم و یا بجای آنها حاکم باشد اشاره نکرده است چنانکه بعضی ازعلماء فن ، وقف و مخصوصاً وقف بر مصالح عامه را ایقاع میدانند ولی باتصریحی که مقنن نسبت بلزوم ایجاب و قبول کرده است دیگر نمیتوان ادعا نمود که وقف ممکن است بطریق ایقاع نیز بعمل آید .

٨١ - وقف از طرف کسیکه برای معامله کردن اهلیت قانونی ندارد مثل صغیر و مجنون باطل خواهد بود و لو اینکه مالك مالی باشد که آنرا وقف میکند ، ولی در صورتی که واقف اهلیت داشته باشد مالك بودن او نسبت بعین و منافع مال شرط نیست ، بلکه مالك عین که موقتاً مالك منافع نمیباشد ، میتواند آن‌عین را وقف کند ، و البته در اینصورت موقوف علیهم در تمام مدتی که درظرف آن ، دیگری مستحق استیفاء منافع‌است، از مال موقوفه استفاده نمینمایند وحق انتفاع آنها بعد ازانقضاء مدت مزبور خواهد بود ، و همینطور مالك میتواند ملکی را که در آن حق ارتفاق موجود است وقف‌نماید بدون اینکه بحق مزبور خللی وارد آید (مادهٔ ٦٤ قانون مدنی)

٨٢- اگرچه وقف مالی که موقتاً منافع آن ملك دیگری است و یا نسبت بان حق ارتفاقی موجود است صحیح میباشد ولی مطابق مادهٔ ٦٥ وقف مالی که بعلت اضرار دیان واقع شود وقتی صحیح است که دیان آنرا اجازه کنند .

شاید این ترتیب ، یعنی ترتیبی که بموجب آن ، وقف مالی که منافع آن حق دیگری است صحیح ، و وقف مالی که بهیچوجه نه عیناً ونه منفعتاً (مثل مال کسی که مدیون است) متعلق حق دیگری نمیباشد ؛ غیر نافذ است ، قدری عجیب و خارج از قاعده بنظر بیاید ، ولی این خروج از قاعده فقط صوری‌است زیرا که‌اگر مدیون مال‌خود

را برای اضرار دیان وقف نماید ، و بدینطریق چیزیرا که در حقیقت دائن باعتبار آن باو قرض داده بود ازجزودارائیخود خارج کند ، بحکم لاضرر بایدمعامله او غیر نافذ محسوب شود ، مگر اینکه خود دیان آن معامله را اجازه کنند که در اینصورت بضرر خود اقدام کرده و دیگر برواقف حرجی نمیباشد .

۸۳ ـ مطابق ماده ۵۹ قانون مدنی برای تحقق وقف قبض‌مال موقوفه نیز شرط است ، باینمعنی ، مادام که مال موقوفه بتصرف وقف دادهنشده است ، وقف تحقق پیدا نمیکند ، و هر وقت بقبض داده شد وقف محقق میشود ، ولی لازم نیست که قبض فوری‌باشد ، بلکه مطابق ماده ۶۰ مادام‌که واقف رجوع ازوقف نکرده یعنی ازوقف منصرف نشده و آن را به هم نزده است ، هر وقت مال موقوفه را به قبض دهد وقف تمام می شود .

حق رجوع واقف تا حین‌القبض است ، وپس از آن که وقف بصحت واقع شد و قبض هم حاصل گردید ، وقف لازم شده و دیگر واقف نمی تواند از آن رجوع کرده آنرا بهم بزند

۸٤ ـ لازم شدن وقف نه فقط از واقف حق رجوع را سلب میکند ، بلکه اورا از هر تغییری درمقررات وقف‌ممنوع میدارد ، چنانکه ماده ۶۱قانون مدنی این نکته را تصریح کرده و میگوید « وقف بعداز وقوع آن بنحو صحت‌و حصول قبض لازم است و واقف نمیتواند از آن رجوع کند یادر آن تغییری بدهد یا از موقوف‌علیهم کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوف علیهم نماید یا با آن ها شریك کند یا اگر در ضمن عقد متولی معین نکرده بعد از آن متولی قرار دهد یا خود به عنوان تولیت دخالت کند » .

در قبض وقف تقریباً همان ترتیبی که در قبول آن ذکر شده معمول است ، یعنی اگر موقوف علیهم محصور باشند ، مثل وقف بر اولاد ، طبقه اول از آنها قبض می کنند ، و اگر موقوف علیهم غیر محصور باشند و یا وقف بر مصالح عامه باشد ، متولی وقف یا حاکم قبض میکند .

هر گاه موقوف علیهم محجور باشند مثل سفیه و مجنون ولی آن ها از طرف آن ها موقوفه راقبض مینماید ، اگر واقف تولیت رابرای خودقرار داده باشد قبض خود

او بعنوان متولی کفایت مینماید .

۸۵ – چون برای تحقق وقف ، قبض مال‌موقوفه لازم است ، لذا بدیهی است که اگر قبض و اقباض مال مزبور ممکن نباشد ، تحقق وقف غیر ممکن و بنا بر این وقف باطل خواهد بود – ولی اگر مال موقوفه چیزی باشد که واقف نتواند آنرا به‌قبض دهد ، لیکن موقوف علیهم قادر بر اخذ و قبض آن باشند . وقف صحیح میشود زیرا قبض در این صورت‌غیر ممکن نیست چنانکه‌همین معنی را مادهٔ ۶۷ قانون مدنی صراحتاً بیان میکند .

۸۶ – در موقعی که کسی مالی را وقف میکند ممکن است تمام اشیائی را که در نظر داشته است ضمن آن مال محسوب و جزء موقوفه گردد بیان نکرده باشد ، و از این حیث یعنی از جهت این که بعضی از متعلقات آن داخل در وقف و یا خارج‌از آن می باشد ، تولید اشکال گردد ، برای احتراز از این مشکل مادهٔ ۶۸ قانون مدنی مقرر میدارد «هر چیزی‌که طبعاً یا برحسب عرف و عادت جزء یا از توابع و متعلقات عین موقوفه محسوب شود داخل در وقف است مگر آنکه واقف آنرا استثناء کند بنحوی که در فصل بیع مذکور است»

پس مطابق این مادهٔ ، در مورد توابع ومتعلقات وقف ، قانون همان طریقهٔ راکه درمورد توابع و متعلقات مبیع اتخاذ کرده است تعقیب می نماید ، و بطور کلی هر چیزی‌که خواه طبعاً وخواه برحسب عرف وعادت جزء یا ازتوابع و متعلقات عین موقوفه محسوب می شود ، داخل در وقف خواهد بود ، مثل ممر و مدخل و مجری در وقف خانه.

برای اینکه یك یا چند جزء از اجزاء و توابع مال از وقف خارج گردد ، باید واقف آنرا تصریح کرده باشد ، و برعکس برای اینکه چیزی که طبعاً یا برحسب عرف و عادت از توابع و متعلقات عین موقوفه محسوب نمی گردد داخل در وقف باشد، باید واقف آن را صراحتاً ذکر کند .

۸۷ – مقصودی که واقف برای آن مال را وقف میکند ، باید مشروع باشد و مطابق مادهٔ ۶۶ قانون مدنی «وقف بر مقاصد غیر مشروع باطل است» مثل اینکه کسی مالی را وقف کند برای ترویج فحشاء وامثال آن .

۸۸ ـ همانطوریکه در مورد عمری و رقبی نسبت به منتفع ذکر شد ، درمورد وقف هم موقوف علیه باید موجود باشد ، و وقف بر معـدوم صحیح نیست مگر بتبع موجـود . بنـا بر این اگـر وقفی مستقـلا هم برای مـوجود و هم برای معدوم واقع شود مطابق مادهٔ ۷۰ نسبت به سهم موجود صحیح و نسبت به سهم معدوم باطل خواهد بود .

۸۹ ـ موقوف علیه باید علاوه بر موجود بودن معلوم هم باشد و بنابراین وقف بر مجهول نیز باطل است (مادهٔ ۷۱ قانون مدنی)

۹۰ ـ چون غالباً تاسیس وقف برای مقاصد عام المنفعه و یا برای انفاق بغیر میباشد اگر کسی منافع موقوفه را جزءاً یا کلا تخصیص بخود دهد مخالف با مقصود فوق خواهد بود ، لذا مادهٔ ۷۲ قانون مدنی مقرر میدارد کـه « وقف بر نفس باین معنی که واقف خود را موقوف علیه یا جزو موقوف علیهم نماید یا پرداخت دیون یاسایر مخارج خود را از منافع موقوفه قرار دهد باطل است اعم از اینکه راجـع بحال حیوة باشد یا بعد از فوت»

۹۱ ـ اگر واقف نمی تواند خود را بنحوی از انحاء خواهٔ برای قبل و خواهٔ برای بعد از فوت جزو موقوف علیهم قرار دهد ، بر عکس میتواند بر اولاد و اقوام و خدمه و واردین خود وقف کند چنانکه ماده ۷۳ همین معنی را تصریح کردهٔ مقرر می دارد «وقف بر اولاد و اقوام و خدمه و واردین و امثال آن ها صحیح است .» زیرا که در این صورت قصـد انفاق بعمل آمـدهٔ و خود واقف شخصا جزو موقوف علیهم نخواهد بود ؛ ولو اینکه شاید بطور غیر مستقیم از منافع موقوفه استفادهٔ نماید . و در تعقیب همین نظریه است که مطابق مادهٔ ۷۴ قانون مدنی « در وقف بر مصالح عامه اگـر خود واقف نیز مصداق موقوف علیهم واقع شود، میتواند منتفع گردد » . مثلا اگر کسی مالی را برای آنکه منافع آن بمصرف فقراء برسد وقف کند ، و خود نیز بعداً فقیر شود و مصداق موقوف علیهم واقع گردد ، میتواند جزو فقراء از منافع آن مال منتفع شود زیرا در این صورت نیز قصد عام‌المنفعه کـه واقف داشتهٔ است بجای خود باقی خواهد بود .

۹۲ ـ چون اموال موقوفه اساساً غیر قابل انتقال قرارداده میشود ، و موقوف

علیهم نیز غالباً اشخاص زیاد میباشند ، و از طرف دیگر اموال مزبوره باید در موارد عدیده صرف منافع عمومی گردد ، لذا لازم است که برای اداره اموال مزبوره ترتیبی داده شود . تعیین طریقه اداره کردن این اموال را قانون بعهده واقف گذاشته است و بنا بر این هر گاه خود واقف برای اداره شدن موقوفه ترتیبی مقرر داشته باشد باید مطابق میل او رفتار شود ، و این متابعت میل واقف نه فقط راجع به طرز اداره کردن مال‌موقوفه است ، بلکه بطوریکه ازمجموع مواد راجعه بوقف استنباط میشود باید کلیه عملیات راجع بوقف ازطرز اداره کردن مال موقوفه ، و تشخیص موقوف‌علیهم و تقسیم منافع وقف بین آنها ، و مخارج تعمیر ، و اصلاح موقوفه و غیره ، مطابق میل و قرار داد واقف باشد .

کسیکه برای اداره کردن موقوفه معین میگردد متولی نامیده میشود :

مطابق ماده ۷۵ قانون مدنی « واقف‌میتواند تولیت یعنی اداره‌کردن امور موقوفه‌را مادام‌الحیوة یا در مدت معینی برای خود قرار دهد و نیز میتواند متولی دیگری معین کند که مستقلا یا مجتمعاً با خود واقف اداره کنند » بعلاوه ، مطابق همان ماده « تولیت اموال موقوفه ممکن است بیك یا چند نفر دیگر غیر از خود واقف واگذار شود که هریك مستقلا یامجتمعاً اداره کنند و همچنین واقف میتواند شرط کند که خود او یامتولی که معین شده است نصب متولی کند » بالاخره قسمت اخیر این ماده تصریح دارد بر این که متولی می تواند نسبت به اداره اموال موقوفه هر ترتیبی را که مقتضی می داند قرار دهد .

۹۳ ـ مطابق‌ماده ۷۶ کسیکه از طرف واقف متولی قرار داده می شود میتواند بدواً تولیت را قبول یا رد کند ، اگر رد کرد مثل آنست‌که از اصل متولی قرارداده نشده باشد ولی اگرقبول نمود دیگر نمیتواند آنرا رد نماید‌علت این الزام آنست‌که‌بین واقف و متولی عقد لازمی واقع شده ومتولی باید آنچه را که بعهده‌گرفته است عمل کند .

۹۴ ـ در صورت تعدد متولیان ممکن است تولیت آنها بنحو استقلال باشد یعنی هر یك بتوانند مستقلا عمل کنند ، یا بنحو اجتماع یعنی تصرف یکی بدون تصویب دیگری یا دیگران نافذ نباشد ، اگر تولیت متولیان بنحو استقلال باشد ، هریك از آنها که‌فوت کند دیگری یا دیگران که باقیمانده‌اند میتوانند مستقلا موقوفه را اداره کنند ، واگر بر

عکس ، تولیت آن‌ها بنحو اجتماع باشد ، متولی یا متولیانی که پس از فوت آنها باقی مانده اند ، نمیتوانند در امر موقوفه مداخله وتصرفی‌کنند مگر پس از آنکه حاکم یکنفر را بانها ضمیمه نماید تا مجتمعاً تصرف کنند (ماده ۷۷ قانون‌مدنی)

۹۵ - علاوه بر یك یا چند نفر متولی واقف می تواند ناظری هم قرار دهد که‌اعمال متولی بتصویب یا اطلاع او باشد ، بدیهی است که اختیارات ناظرتابع ترتیبی خواهد بود که از طرف واقف قرارداده شده باشد ، و هرگاه واقف فقط بتعیین ناظر اکتفا نماید بدون اینکه برای او اختیاراتی معین نموده باشد ، در اینصورت اختیار او محدود بنظارت صرف ، یعنی ملاحظه عملیات متولی خواهد بود ، بدون اینکه بتواند متولی را مستقیماً الزام برعایت ترتیبی کند ، و اگر چنانچه ناظر مشاهده نماید که متولی در امر اداره کردن موقوفه بر خلاف مقررات واقف و یا برخلاف صرفه وقف عمل میکند حق‌خواهد داشت‌که مراتبرا باطلاع حاکم‌برساند ، تا حاکم لدی‌الاقتضاء ضم امین نماید یعنی‌کس دیگری را بعنوان امین معین کند ، که عملیات متولی باتصویب او به‌عمل آید .

برای ضم امین لازم نیست که‌عملیات مخالف ترتیب متولی بوسیله ناظر باطلاع‌حاکم برسد ، بلکه بهر ترتیبی که خیانت متولی ظاهر شود ، حاکم حق دارد ضم امین کند ولی حاکم بهیچوجه حق عزل کسی را که در ضمن عقدوقف متولی قرار داد شده است ندارد (ماده ۷۹)

۹۶ - در صورتیکه واقف وصف یا شرایط مخصوصی را درشخص متولی شرط کرده باشد و متولی فاقد آن وصف یا شرایط گردد مشار الیه طبعاً و بدون اینکه کسی دخالت نماید منعزل میشود (ماده ۸۰)

۹۷ - اداره کردن اموال موقوفه باید برطبق ترتیبی باشد که از طرف واقف معین شده است ، والا متولی‌باید مثل وکیل امینی رفتار کند ، چنانچه ماده ۸۲ قانون مدنی تصریح باین معنی داشته و مقرر میدارد که « هر گاه واقف برای اداره موقوفه ترتیب خاصی معین کرده باشد متولی باید بهمان ترتیب رفتار کند و اگر ترتیبی قرار نداده باشد متولی باید راجع به‌تعمیر و اجاره و جمع آوری منافع وتقسیم آن برمستحقین وحفظ موقوفه و غیره مثل وکیل امینی عمل نماید »

مقصود از مستحقین که‌در این ماده مذکور شده است اشخاصی هستند که برطبق

نظر واقف مستحق بر اخذ منافع موقوفه می باشند ، بعبارت اخری مقصود از مستحقین همان موقوف علیهم میباشند ، و مقصود از اینکه متولی باید درصورت مقرر نشدن ترتیب خاصی از طرف واقف برای ادارهٔ اموال‌موقوفه ، مثل وکیل امینی رفتار کند آنستکه متولی باید در اقدام‌خود صرفه وغبطه‌وقف‌را ملاحظه نموده و هیچ اقدامیکه مخالف مصالح وقف باشد بعمل نیاورد .

۹۸ ـ مطابق‌مادهٔ ۸۳ متولی‌حق‌ندارد امر تولیت را بدیگری تفویض کندمگراینکه واقف در ضمن وقف باواذن داده باشد ، ولی اگر درضمن‌عقدشرط مباشرت‌نشده باشد یعنی واقف حتماً معین نکرده باشدکه خود متولی موقوفه راشخصاً اداره کند ، متولی میتواند اداره‌کردن موقوفه را بوکیلی تفویض کند .

۹۹ ـ در اوقاف عامه‌اگر واقف متولی معین‌نکرده باشد اداره‌کردن امور موقوفه بـر طبق قانون ۲۸ شعبان ۱۳۲۸ هجری خواهـد بود ، یعنی امر موقوفه با تصویب یکـی از حکام شرع یا اداره اوقاف خواهد بود ، و اگـر بـرای اوقاف خاصه ، یعنی اموالیکه برای مصالح عمومی وقف نشده است متولی معین نشده باشد ، اداره اموال مزبور با خودموقوف علیهم میباشد ماده (۸۱)

۱۰۰ ـ صرف‌منافع موقوفه هم ، مانند اداره‌کردن‌آن ، باید مطابق ترتیبی باشد که ازطرف واقف معین‌شده است ؛ بنابراین منافع حاصله ازاموال وقف باید بین اشخاصی که از طرف واقف موقوف علیهم معین شده‌اندو بنسبتی که‌از طرف واقف معین شده‌است تقسیم‌گردد ، وواقف میتواند شرط‌کندکه منافع مزبوره ما بین موقوف علیهم بتساوی تقسیم شود یا بتفاوت ، وهمچنین میتواند بمتولی یاشخص دیگری اختیار دهد که عایدات‌موقوفه را بین موقوف علیهم بهر ترتیبی‌که صلاح بداندتقسیم کند (ماده ۸۷)

۱۰۱ ـ هرگاه واقف برای مخارج تعمیر واصلاح و بطورکلی مخارج نگاهداری موقوفه و اموری که برای تحصیل منفعت لازم است ترتیبی قرار نداده باشد مطابق ماده ۸۶ مخارج مزبوره بر حق موقوف علهیم مقدم خواهد بود ، زیرا بدیهی است که‌بدون مخارج مزبوره انجام قصد واقف‌غیر مقدور میباشد .

۱۰۲ ـ واقف میتواند از منافع موقوفه سهمی برای عمل متولی قرار دهدواگر برای متولی سهمی معین نکرده باشد ، مشارالیه مستحق اجرت المثل عمل خود خواهد

بود ، یعنی باید آن چه را که عرفاً برای آن عمل معین می‌شود در یافت دارد(مادهٔ ۸۴).

۱۰۳ - بعداز آنکه منافع موقوفه حاصل‌شد ، و حصه هریك‌از موقوف علیهم معین گردید ، مطابق مادهٔ ۸۵ هریك از آنها میتواند حصه خود را تصرف کند ، اگر چه متولی اذن نداده باشد ، مگر این که واقف اذن در تصرفرا شرط کرده باشد بدیهی‌است که در این مورد هم مثل تمام موارد مربوطه بوقف ، باید مقرراتی که از طرف واقف بر قرار شدهٔ است رعایت گردد ، ولی درصورتی که واقف اذن در تصرفرا شرط نکرده باشد دیگر نمی توان‌حق موقوف علیهم راکاملا باختیار متولی گذاشت ؛ بنا بر این همین که متولی اعمال اداری خود را انجام داد ، یعنی منافع را جمع آوری کرد و - حصه هر یك از موقوف علیهم را معین نمود ،هر موقوف علیه خواهد توانست که حصه خود را تصرف کند .

۱۰٤ - ممکن است صرف منافع موقوفه بر طبق غرض واقف ممکن نباشد ، ویا اینکه اصلا ، بامحرز بودن وقفیت ، معلوم نباشد که برای منافع موقوفه واقف چه‌مصرفی معین کردهٔ است .

تکالیف این دو صورترا مادهٔ ۹۱ قانون مدنی‌معین کردهٔ وچنین مقرر می دارد : « در موارد ذیل منافع موقوفات عامه صرف‌بریات عمومیه خواهد شد :

۱) در صورتیکه منافع موقوفه مجهول المصرف باشد مگر اینکه قدر متیقنی در بین باشد » یعنی همینقدر معلوم باشد که واقف برای نوع آن مقصود وقف کرده‌است . مثلا اگر مصرف منافع حاصله از موقوفه معلوم نباشد ، ولی همینقدر معین باشد که برای تعمیم معارف وقف شدهٔ است ، بدون اینکه معین شدهٔ باشد که برای ترویج علوم ابتدائی بودهٔ است یامتوسطه یاعالیه ؛ دراینصورت منافع‌موقوفه بایدحتماً صرف تعمیم‌معارف بشود .

۲) « درصورتیکه صرف‌منافع موقوفه در مورد خاصی که واقف معین کردهٔاست متعذر باشد » یعنی غیر ممکن باشد مثل اینکه واقف معین کردهٔ باشد که منافع موقوفه صرف احداث یك قنات بشود در صورتی که‌برای احداث یك قنات‌لااقل چندین صد برابر عایدات موقوفه پول‌لازم است .

۱۰۵ - بطوری که سابقاً مذکور شد مالی که وقف میشود حبس و غیر قابله

انتقال است معذالك در موارد خاصی بیع وقف تجویز شده است و آن عبارت است از موارد ذیل :

۱ - هر گاه وقف خراب شود یا خوف آن باشد که منجر به خرابی گردد بطوری که انتفاع از آن ممکن نباشد و در این مورد نیز بیع آن در صورتی جایز است که عمران وقف غیر ممکن باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود (ماده ۸۸)

۲ - در موردی که بین موقوف علیهم تولید اختلاف شود بنحوی که بیم سفك دماء رود یا منجر بخرابی مال موقوفه گردد (ماده ۳٤۹)

۱۰۶ - مطابق ماده ۸۹ در صورتی که بعض موقوفه خراب شده یا مشرف بخرابی گردد ، بطوری که انتفاع از آن ممکن نباشد ، همان بعض فروخته میشود مگر این که خرابی بعض سبب سلب انتفاع قسمتی که باقی مانده است بشود که دراین صورت تمام فروخته میشود .

۱۰۷ - در کلیه مواردی که بیع مال وقف جایز است ، قانون مقرر میدارد که باید عین موقوفه با قرب بغرض واقف تبدیل شود ، مثلا اگر واقف ملکی را وقف نموده باشد که از منافع آن یکباب مدرسه عالی ادبیات تشکیل شود ، و بواسطه خرابی که مجوز بیع است آن ملك فروخته شود ، و قیمت آن کفاف ننماید که مدرسه عالی ادبیات دائر گردد ، اقرب بغرض واقف دایر نمودن مدرسه متوسطه ادبیات خواهد بود . و همچنین اگر مالی وقف شده که از منافع آن همه ساله بیست نفر محصل تحصیل کنند ، و بواسطه خرابی که مجوز بیع است مال مزبور فروخته شده و تبدیل بمال دیگر گردد و منافع این مال برای تحصیل بیست نفر کافی نباشد ، چون اقرب به غرض واقف تحصیل یکعده میباشد ، لذا عدهٔ که ممکن است باید از بابت منافع ملك جدیدی که بجای وقف ابتیاع میشود به تحصیل گماشته شوند .

مبحث سوم

در حق انتفاع از مباحات

۱۰۸ — به طوری که سابقاً مذکور شد افراد مردم حق دارند که مطابق مقررات مندرجه در این قانون و قوانین مخصوصه به هر یك ازاقسام مختلفه مباحات، از مباحات استفاده نمایند ، این ترتیب که به موجب مادهٔ ۲۷ قانون مدنی اتخاذ شده است به موجب مادهٔ ۹۲ قانون مزبور تائید گردیده — بنا بر این هر کس می تواند از اراضی موات غیر مملوك مثلا بارعایت قوانین مربوطه بانها ، اگرباشد ، انتفاع ببرد .

فصل سوم

در حق ارتفاق نسبت به ملك غیر و در احکام و آثار املاك نسبت به املاك مجاور

۱۰۹ — سومین حق عینی که بموجب مادهٔ ۲۹ قانون مدنی اشخاص می توانند نسبت باموال داشته باشند حق ارتفاق به ملك غیر است ، و اگر مقنن احکام و آثار املاك نسبت به املاك مجاور را هم ضمیمه فصل مربوطه به حق الارتفاق نموده است منباب این است که در روابط صاحبان املاك مجاور ولو این که هیچیك نسبت به ملك دیگری حق ارتفاقی بمعنی تام نداشته باشد ، رعایت مقرراتی لازم است که در حقیقت مثل یك نوع حق ارتفاق می باشد ، مثلا هیچیك از صاحبان دیوار مشترك نمی تواند در آن دیوار تصرفاتی نماید مگر باجازهٔ شریك دیگر ؛ پس همان طوری که صاحب ملکی که مثلا مالك مجاور در آن حق العبور دارد باید تحمل اجراء این حق را به نماید ، همان طور هم صاحب دیوار مشترك باید در سهم مشاع خود تحمل حق شریك دیگر را بنماید ، و بهمین جهت است که در بعضی از قوانین مدنی ممالك خارجه مثل قانون مدنی فرانسه احکام و آثار املاك را نسبت باملاك مجاور ، جزو حقوق ارتفاقیه قرار دادهٔ اند که در اثر قانون برقرار شده باشد ، برعکس حقوق ارتفاقیه واقعی مثل حق العبور که در اثر قرار داد بین صاحبان املاك یا قهرا در اثر طبیعت بر قرار می شود .

در هر حال ما هم عنوان فصل را به طوری کــه در قانون‌مدنی تدوین شده است تعقیب نموده و هر یك از این دو قسم مختلف از حقوق ارتفاقیه را علیحده بیان مینمائیم :

مبحث اول

در حق ارتفاق

۱۱۰ ـ بطوری‌که سابقاًمذکور شد مطابق مادهٔ ۹۳ قانون مدنی « ارتفاق حقی است برای شخصی در ملك دیگری »

تعریف مزبورهٔ فوق به هیچوجه با مصادیقی کــه مقنن برای حق ارتفاق قائل شده است ، از قبیل حق العبور و حق المجری و غیره منحصراً منطبق نمی شود ، زیـرا چیزی کـه از مسلمات قانونی است عدم اطلاق حق الارتفاق به حق رهن غیر منقول است ، و حال آن که در رهن غیر منقول هم حقی برای شخصی در ملك‌دیگری، موجود است .

نظر به مراتب فوق تعریف مذکـوره در مادهٔ نود و سه تعریف جامـع و مانع نمی باشد .

اگر ، بطوری که سابقا اشاره نمودیم ، در حق ارتفاق تدقیق کنیم . معلوم می گرددکه اساساحق این قائم بشخص نبوده بلکه قائم بملك است . واگر مقنن نخواسته است در تعریفی که از حق ارتفـاق نموده این نکته را بپروراند . برای آن بوده است که نخواسته صراحتاً وجود حقی را بنفع ملکی قائل گردد ، زیرا که با اصول معموله صاحب حق قرار دادن یك ملك خارج از متعارف تلقی میشد . معذالك یعنی با وجود این نکته هم ممکن بود گفته شود که حق الارتفاق حقی است کــه مالك یك ملك باعتبار مالك بودن‌آن ملك‌درملك دیگر دارد ، و باینطریق سایر حقوقی که در تعریف مذکـور در مادهٔ ۹۳ داخل میباشد بدون اینکه از حقوق ارتفاقی محسوب گـردد . از تعریف مزبور خارج میگشت .

۱۱۱ ـ مربوط بودن حق ارتفاق بخود ملك قطع نظر از شخصیکه مالك آن

ملك است ، بقدری طبیعی میباشد که اصلا برای تصور این حق باید فرض دو ملك را نمود که برای یکی از آنها در مقابل دیگری حق و یا بالعکس بر یکی از آنها در مقابل دیگری تحمیلی موجود باشد . و این فکر باندازهٔ با تصور حق ارتفاق مربوط و توام است که خود نویسندگان قانون مدنی هم شاید با اصراری که در احتراز از بیان آن داشته اند ، نتوانسته اند از اشاره بان اجتناب کنند ، چنانکه در مادهٔ ۱۰۲ قانون مزبور گفته شده است «هرگاه ملکی کلا یا جزأ بکسی منتقل شود و برای آن ملك حق‌الارتفاقی در ملك دیگر یا در جزء دیگر همان ملك موجود باشد الخ» پس خود این عبارت حاکی است از این که حق ارتفاق ، اگر منحصراً هم نباشد ، لااقل بطور عموم برای ملك موجود میباشد و نه برای شخص .

بـا عطف توجه بمراتب فوق میتوان حق مزبور را بطریق ذیل تعریف نمود : ارتفاق تحمیلی است بر ملکی برای استفادهٔ از ملك دیگر — و علت اینکه این حق را حق ارتفاق میگویند آنست که حق مزبور منباب رفق و مدارا در بارهٔ ملکی که حق بنفع آن ایجاد شده است برقرار میگردد .

تصور حق ارتفاق وقتی ممکن است که ملك مورد حق و ملکی که از حق‌مزبور استفاده میکند مالك مختلف داشته باشد ، زیرا که حق عبارت است از سلطنت وتسلط ، و انسان نمیتواند برشخص خود سلطنت داشته باشد ، و بنا بر این در صورتی که هر دو ملك مال یکنفر باشد حق ارتفاق وجود نخواهد داشت ، و اگر مالك برای استفادهٔ از یك ملك خود بملك دیگرش تحمیلی وارد آورد ، مثلا اگر از یکی از آن هاعبور کند تا بدیگری برود ، یا از یکی از آن ها آب جاری سازد تا دیگری را مشروب نماید ، این اقدامات او نتیجه حق مالکیت و سلطه تامی خواهد بود که بر املاك خود دارد ، نه حق ارتفاقی که ممکن است یکی از دو ملك نسبت بدیگری داشته باشد . ولی بدیهی است اگر وضعیت دو ملك طوری باشد که وجود حق ارتفاق فرض شود ، مثل اینکه یکی از آن ها طبعاً مجرای فاضل آب یا آب باران دیگری باشد ، این‌حق در صورت واحد بودن مالك در حال رکود بوده ، و در صورت مختلف شدن بمنصهٔ بروز خواهد رسید ، و در این صورت مالك جدید حق خواهد داشت که از آن استفاده کند . همین معنی از مادهٔ ۱۰۲ قانون مدنی که ذیلا ذکر خواهد شد بطور تلویح بر

میاید . مادهٔ مزبور ازاین قرار است « هر گاه ملکی کلا یا جزأً بکسی منتقل شود و برای آن ملك حق الارتفاقی در ملك دیگر یا در جزء دیگر همان ملك موجود باشد آن‌حق بحال خود باقی میماند مگر این که خلاف آن تصریح شده باشد »

اگر حق ارتفاق از نقطه نظر ملکی ملاحظه شود که بنفع آن برقرارشده است ؛ ممکن است بر آن اطلاق حق شود ، و اگر از نقطه نظر ملکی که باید اجرای این حق را متحمل گردد ملاحظه شود ، ممکن است بر آن عهده یا تحمیل اطلاق گردد . و همان طورکه در مقابل هر داین مدیون موجود است ، در ارتفاق هم در مقابل ملکی که از این حق بهره مند می شود ملکی باید باشد که از وجود این حق متضرر می گردد .

۱۱۲ ــ حق ارتفاق فقط ممکن است نسبت به ملك بر قرار شود و مقصود از کلمه ملك که در مادهٔ ۹۳ استعمال شده است هر مال غیر منقول‌نیست بلکه منحصرا زمین است اعم ازاین‌که خالی ازبنا باشد یا با بنا . بنا براین استقرارحق ارتفاق نسبت به یك درخت مثلا که مال غیر منقول است ممکن نخواهد بود .

۱۱۳ ــمطابق مادهٔ ۹۴ قانون مدنی هر مالکی میتواند در ملك خود هر حقی‌را که بخواهد نسبت بدیگری قرار دهد ، و در اینصورت کیفیت استحقاق تابع قرار داد و عقدی است که مطابق آن حق داده شده است ، از ظاهر اینمادهٔ چنین بنظر می آید که حق ارتفاق در نتیجه عقد و قرار داد بر قرار می شود ، وحال آن که حقوق ارتفاقی دیگری موجود است که طبیعی بوده و استقرار آن ها محتاج بعقد و قرار داد نمی باشد . اگــر چه وجود این قبیل ارتفاقــات در قــانون مدنی تصریح نشده است ولی تلویحاً اسمی از آن ها برده شده است ، مثلا مطابق مادهٔ ۹۵ قانون مزبور « هر گاه زمین یا خانه کسی مجرای فاضل آب یا آب باران زمین یا خانه دیگری بوده است صاحب آن خانه یا زمین نمی تواند جلو گیری از آن کند مگر در صورتی که عــدم استحقاق او معــلوم شود » مادهٔ مزبوره بیشتر ناظر بر حقوق ارتــفاقی می باشد کــه از طبیعت اراضی حاصل می گردد ؛ و البته بدیهی است کــه مطابق طبیعت ، هر زمین پائین دست نسبت‌بزمین بالا دست خود همه وقت مجرای‌فاضل آب و آب باران میباشد ، و بنابر این مطابق مادهٔ ۹۵ مذکور صاحب زمین پائین دست نمیتواند از جریان

آب باران زمین بالا دست جلو گیری کند ، مگر اینکه عدم استحقاق صاحب زمین بالا دست معلوم شود ، مثلا ثابت گردد که‌در نتیجه عملیات یدی‌صاحب زمین بالا دست مجرای آب باران زمین خود را تغییر داده و بزمین پائین دست نازل نموده است . و اگر این ترتیب اتخاذ نمیکردید ، نه فقط مخالفتی با طبیعت خلقت میشد بلکه بین صاحبان املاك مجاور تنازع دائمی ایجاد میگشت .

۱۱۴ - نسبت باب باران ، یاهر آب دیگری‌که در نتیجه عمل انسان ممکن است به ملك غیر جریان یابد ، قاعده فوق ملحوظ نبوده و اراضی یا املاك پائین دست مجبور نیستند که مجرای آن واقعگردند ، چنانکه ماده ۹۹ قانون مدنی مقرر میدارد «هیچکس حق ندارد ناودان خود را بطرف ملك دیگری بگذارد و یا آب باران از بام خود ببام یا ملك همسایه جاری کند و یا برف بریزد مگر باذن او » و بدیهی است که در موارد دیگر از این قبیل نیز همین حکم جاری خواهد بود مثلا هیچ کس نمیتواند آبیرا که آسیا یا ماشین دیگر اورا میگرداند ، بملك همسایه جاری کند مگر در موردی‌که حق‌ارتفاق موجود باشد .

۱۱۵ - وجود حق الارتفاق مستلزم وسائل انتفاع از آن نیز خواهد بود چنانکه ماده ۱۰۴ قانون مدنی تصریح باین‌معنی داشته و مقرر میدارد که « حق الارتفاق مستلزم وسائل انتفاع از آن حق نیز خواهد بود مثل اینکه اگر کسی حق شرب از چشمه یا حوض یا آب انبار غیر دارد حق عبور تا آن چشمه یا حوض وآب انبار هم برای برداشتن آب دارد »

۱۱۶ - مالك ملك مورد ارتفاق نه فقط مجبور است مزاحمتهای حاصل ازاجرای حق ارتفاق را متحمل گردد ، بلکه حق مالکیت او نسبت بتصرفات درملك خود نیز محدود خواهد بود و مشارالیه نمیتواند در ملك خود تصرفاتی بنماید که منافی با حق ارتفاق باشد چنانکه ماده ۱۰۶ مقرر میدارد « مالك ملکی که مورد حق الارتفاق غیر است نمیتواند در ملك خود تصرفاتی نماید که باعث تضییع یا تعطیل حق‌مزبور باشد مگر با اجازه صاحب‌حق.» بنا بر این کسی که در حوض یا آب انبار او نسبت به غیر حق شرب موجوداست، نمیتواند حوض خود رابر نموده و بدینطریق حق ارتفاق غیررا تضییع کند ، وهمچنین آب انبار خود را تبدیل بزیر زمین نماید . و نیز مشار الیه نمیتواند مجرای آب انبار

یا حوض خود را مسدود کند ، بنحویکه برای‌صاحب حق ارتفاق امکان انتفاع ازحق خود موقتاً تعطیل گردد ، و نیز مطابق مادهٔ ۱۰۱ قانون مدنی « هر گاه کسی از آبی که ملك دیگری است بنحوی از انحاء حق انتفاع‌داشته باشداز قبیل دایر کردن آسیا و امثال آن صاحب آب نمیتواند مجری را تغییر دهد بنحوی که مانع‌از استفادهٔ حق دیگری‌باشد» چه تصرفات صاحب آب ممکن است‌موجب تضییع یا تعطیل حق صاحب‌حق ارتفاق گردد

۱۱۷ - اگـر چه مطابق این دو مادهٔ صاحب ملکی که حق ارتفاق بر علیه او برقرار شدهٔ است مجبور است‌که مزاحمت های‌حاصل ازاجرای حق مزبور را متحمل‌گردد ولی دیگر بهیچوجه مجبور نیست مخارجیرا که برای تمتع از آن حق لازم میباشد ، به عهدهٔ بگیرد - بلکه بر عکس مطابق مادهٔ ۱۰۵ مخـارج لازمه برای تمتع از حق ارتفاق بر عهدهٔ صاحب حق خواهد بود مگر اینکه بین او و صاحب ملکی‌که حق ارتفاق بر له او بر قرار شدهٔ است طور دیگری مقرر باشد .

۱۱۸ - نظر بمراتب فوق کسی که حق شرب‌از آب انبار واقعه در ملك دیگری دارد ، باید مخارج لازمه تمتع از حق خودرا ، از قبیل تهیه ظرف برای برداشتن آب یا اجیر کردن عمله و غیره خود متحمل شود . و در مقابل هم ، صاحب ملك مورد ارتفاق باید مخـارجیرا که مربوط بحق مالکیت او است متحمل گردد ، و بطور کلی هر یك از دو مالك یعنی مالك ملکی که مورد ارتفاق است و مالك ملکی که منتفع از ارتفاق میباشد ، باید مخارجیرا متحمل گردند که برای استفادهٔ از حق خود لازم است و همین نظریه در مادهٔ ۱۰۰ قانون مدنی در مورد خاصی بموقع اجرا گذاشته شدهٔ ومقرر میدارد : « اگر مجرای آب‌شخصی درخانه دیگری باشد ودر مجری خرابی بهمرسد بنحوی که عبور آب موجب خسارت خانه شود مالك خانه حق ندارد صاحب مجری را بتعمیر مجری اجبارکند بلکه خود او باید دفع ضرر از خود نمایدچنانکه اگر خرابی مجری‌مانع عبور آب شود مالك خانه ملزم نیست که مجری را تعمیر کند بلکه صاحب حق باید خود رفع مانع کند در این صورت برای تعمیر مجری می‌تواند داخل خانه یا زمین شود و لکن بدون ضرورت حق ورود ندارد مگر به اذن صاحب ملك . »

۱۱۹ - همانطورکه صاحب ملك مورد ارتفاق نمی‌تواند درملك خودتصرفاتی بنمایدکه باعث تضییع یا تعطیل حق صاحب حق ارتفاق باشد ، همان طور صاحب حق ارتفاق‌هم نمی

تواند در ملك غير كه متعلق حق او است ، تصرفاتی خارج از حدود متعارف وباخارج از مقتضیات ضرورت انتفاع بنماید ، چنانکه مادهٔ ۱۰۷ قانون مدنی مقرر میدارد «تصرفات صاحب حق در ملك غير كه متعلق حق او است باید باندازهٔ باشد که قرار دادهٔ اند و یا بمقدار متعارف و آنچه ضرورت انتفاع اقتضا میکند» پس نظر باین مادهٔ هر گاه بین صاحب حق ارتفاق و مالك ملکی که مورد ارتفاق است قرار دادی باشد که بموجب آن اندازهٔ تصرفات صاحب حق ارتفاق در ملك مورد ارتفاق معین شدهٔ باشد تصرفات مزبورهٔ باید برطبق قرار داد طرفین باشد ، والا صاحب حق ارتفاق باید تصرفات خود را بحد متعارف و آنچه که ضرورت انتفاع اقتضا میکند محدود نماید .

۱۲۰ - حقوق‌ارتفاقیه عمدهٔ که درقانون مدنی صراحتاً اسمی‌ازآن بردهٔ شدهٔ است از قرار ذیل است :

حق العبور - حق‌المجری - حق الشرب - حق ناودان - حق درب و شبکه

۱۲۱ -علی‌الاصول‌حقوق مزبورهٔ بطوری‌که فوقاً هم مذکورشد در نتیجه عقد یا به موجب وصیت نامه حاصل میشود و یا در نتیجه طبیعت املاك ولی ممکن است در نتجه اذن محض‌هم تولید گردد - دراینصورت حقوق‌مزبورهٔ موقتی بودهٔ وهروقت‌مالك که‌اذن‌دادهٔ است بخواهد میتواند ازاذن خود رجوع کند ، چنانکه همین معنی در حق‌العبور مصرحاًدر مادهٔ۹۸ ذکرشدهٔ ، ودرمورد سایرارتفاقات نیزبموجب مادهٔ ۹۸ وبموجب مادهٔ۱۰۸ قانون‌مدنی تصریح گشته است مطابق مادهٔ ۹۸ «اگر کسی حق عبور در ملك غير ندارد ولی صاحب ملك اذن دادهٔ باشد که از ملك او عبور کند هر وقت به خواهد می تواند از اذن خود رجوع کردهٔ و مانع عبور او بهٔ شود و همچنین است سایر ارتفاقات » و مطابق مادهٔ ۱۰۸ « در تمام مواردی که انتفاع کسی از ملك دیگری بموجب اذن محض باشد مالك می تواند هر وقت به خواهد از اذن خود رجوع کند مگر این که مانع قانونی باشد »

پس بموجب این دو مادهٔ هر گاه حق ارتفاق در نتیجه اذن محض ایجاد گردد ، بدون اینکه صاحب ملك مورد ارتفاق تعهد و یا التزامی بعهدهٔ گرفته باشد ، این اذن قابل رجوع بودهٔ وهر وقت که مالك مزبور بخواهد میتواند ازآن رجوع کردهٔ وحق ارتفاق را زائل نماید .

ولی اگر برای رجوع ازاذن مانع قانونی موجود باشد ، مثل اینکه صاحب ملك مورد ارتفاق ملتزم شده باشد که بهیچوجه از اذن خود رجوع نکند ، و یا تامدتی ازآن رجوع ننماید حق ارتفاق دائم یا موقتی موجود خواهد بودکه در حقیقت از صورت اذن محض خارج و در نتیجه عقد یا قرار دادی برقرار شده است .

۱۲۲ - حق ارتفاقی که برای یك ملك موجود است در بارهٔ آن ملك بر قرار خواهد بود ولو اینکه بمالك جدید منتقل شود ، و همچنین ملکی که مورد حق ارتفاق است باید اجرای آن حق را متحمل گردد اگرچه بمالك دیگری منتقل شود ، همین نظریه که خود نیز دلیل بر قائم بودن حق ارتفاق بملك است و نه بر شخص ، در مادهٔ ۱۰۲ و ۱۰۳ تعقیب شده و بموجب مادهٔ ۱۰۲ مقرر گشته « هر گاه ملکی کلا یا جزأ بکسی منتقل شود و برای آنملك حق الارتفاقی در ملك دیگر یا در جـزء دیگر همان ملك موجود باشد آن حق بحال خود باقی میماند مگر اینکه خلاف آن تصریح شده باشد ». شاید وجود حق ارتفاق برای یك ملك درجزء دیگر همان ملك که دراین مادهٔ مذکور است مخالف مطالبی باشد که فوقاً توضیح شده و بموجب آن برای تصور حق ارتفاق‌دو ملك علیحده لازم است ، ولی این اختلاف صوری است زیراکه در مورد این مادهٔ هر جزء از ملك ملك علیحده و مستقل محسوب میگردد مثل یك خانه مشتمل بر بیرونی و اندرونی که عرفاً یك ملك محسوب است ولی هریك ازعمارات‌آن در صورتیکه برای یکی در دیگری حق العبوری باشدازنقطه نظر داشتن حق ارتفاق ملك علیحده محسوب‌خواهد شد . در هر حال ، حق ارتفاق درصورت فروش یکی از آن ها بحال خود باقی میماند مگر اینکه عکس آن تصریح شود ، یعنی مالك جدید راضی باشد بر اینکه از حق مزبور صرف نظر کند . همین طور بموجب مادهٔ ۱۰۳ مقرراست که « هر گاه شرکاء ملکی دارای حقوق ومنافعی باشند وآن ملك مابین شرکاء تقسیم شود هرکدام ازآنها بقدر حصه مالك آن حقوق‌و منافع خواهد بود مثل اینکه اگر ملکی دارای‌حق العبور در ملك غیر بوده و آن ملك که دارای حق است بین چند نفر تقسیم شود هر یك از آنها حق‌العبور از همان محلی که سابقاً حق داشته است خواهد داشت » بموجب این ماده تقریباً همان اصلی که در حقوق ارتفاقی باصل غیر قابل تقسیم بودن حق ارتفاق معروف‌است ، اتخاذ شده است.

و مقصود از این اصل آنست که هر گاه ملکی که دارای حق ارتفاق در ملک دیگر است تقسیم شود ، حق‌مزبور برای فرد فرد صاحبان جدید موجود خواهد بود و ممکن نیست که فقط بعضی از آنها از آن حق استفاده کرده وبعضی‌دیگر محروم‌باشند مگردرصورتی‌که آن بعض بعلتی از حق خود صرف نظر نمایند .

۱۲۳ ـ همانطوری‌که مقنن‌برای اثبات‌حق مالکیت تصرف‌را دلیل قرارداده است برای اثبات حق ارتفاق نیز وجودآن حق اماره محسوب می‌شود ، توضیح‌آن‌که اگر ناودان یك خانه سابقاً مشرف بر خانه دیگر بوده باشدخود این نکته اماره وجود حق ارتفاق محسوب خواهد بود چنانچه بموجب ماده ۹۷ قانون مدنی « هر گاه کسی از قدیم در خانه یا ملك دیگری مجری آب بملك خود یا حق مرور داشته صاحب خانه یا ملك نمیتواند مانع آب بردن یا عبور او از ملك خودشود و همچنین است سایر حقوق از قبیل داشتن‌درب و شبکه و ناودان و حق شرب وغیره »

چون در این ماده مذکور است که حق ارتفاق از قدیم موجود باشد بدون این که معین گردد که چه وقت قدیم و چه وقت جدید یا معاصر است ـ لذا تشخیص این موضوع بنظر حاکم قضیه خواهد بود . و بدیهی است که چون در این موارد برای بودن حق ارتفاق اماره‌موجود است اثبات مستحدث بودن آن حق بر عهده مالك ملکی خواهد بود که مورد ارتفاق واقع شده است ، نه اثبات قدمت بر عهده مالك ملکی که حق ارتفاق دارد ، بعبارة اخری مالك این ملك ذوالید بوده و اثبات بر عهده طرف مقابل می‌باشد .

مبحث دوم

در احکام و آثاراملاك نسبت باملاك مجاور

۱۲٤ ـ علاوه برحقوق ارتفاقی که‌در مبحث‌قبل مذکورشد ممکن‌است بین املاك‌مجاور قسمت های مشترکی باشد ، و در این قسمتها مالکین مجبور برعایت مقرراتی باشند که حق مالکیت آنها را تاحدی محدود کرده واز این حیث املاك مجاور یکنوع حق ارتفاقی نسبت بیکدیگر داشته باشند .

قسمت های مشترك بین املاك عبارت از فاصلهائی است که املاك را در خطافقی

و بطور افقی‌از یکدیگر مجزی‌مینماید مثل دیوار یا پرچین ویا خندق و امثال آن ها و یا عبارت از فاصلهائی است که املاك رادر خط عمودی ولی بطور افقی از همدیگر تفکیك می نماید مثل سقف .

۱۲۵ ـ در هر حال حد فاصل املاك اعم ازدیوار و غیره مشترك محسوب‌است مگر اینکه قرینه یا دلیل بر خلاف آن باشد ، پس قاعدهٔ کلی و امارهٔ قانونی مشترك بودن دیواری است که مابین دو ملك واقع میباشد چنانکـه ماده ۱۰۹ قاعدهٔ مزبور را تصریح کرده و مقرر میدارد « دیواری که مابین دو ملك واقع است مشترك ما بین صاحبان آن دو ملك محسوب است » ولی فوراً بعد ازاتخاذ این اصل اضافه میکند « مگر اینکه قرینه یا دلیلی بر خلاف آن موجود باشد »

۱۲۶ ـ قرائن و دلائلی که ممکن است برای عدم اشتراك موجود باشد بر دو قسم است :

اولا ـ ادلهٔ هستند که مستند بیك‌عمل حقوقی یا ناشی از آن عمل باشد مثل این که یك نفر که صاحب دو باغ است یکی از آن‌هارا می فروشد و در عقد بیع تصریح می نماید که دیوار فاصل آن ها اختصاصی خودش خواهـد بود در این صورت عقد بیع کـه یك عمل حقوقی است دلیل و مدرکی را برای اختصاصی بودن دیوار ایجاد می نماید .

ثانیاً ـ قرائنی که دلالت بر اختصاصی بودن یا اشتراك نماید . غالباً قرائن عدم اشتراك ناشی از حالت مادی دیوار فاصل است که بواسطه وضعیت ساختمان معین می‌نماید که مثلا فقط مالك یك طرف حق دارد که روی آن سر تیر بگذارد و یا عمارتی تکیه دهـد همین نظریه بطریق ذیل در مادهٔ ۱۱۰ قانون مدنی تصریح شدهٔ است « بنا بطور ترصیف و وضع سر تیر از جمله قرائنی است که دلالت بر تصرف و اختصاص می کند » و بدیهی است که این قرائن وقتی دلالت بر اختصاص مینماید که فقط از یك طرف باشد (مادهٔ ۱۱۲ قانون مدنی)

بنا وقتی بطور ترصیف است که آجر یا خشت با یکـدیگر بطور قفل و بست یا نر و ماده گذاشته شده و این قفل و بست با هر طرفی که مواجه باشد دیوار مختص آن طرف خواهد بود . وضع سر تیر نیز قرینه اختصاصی است و بنا بر این از هر‌ـ

طرفی که بر روی دیوار سر تیر گذاشته شده باشد ، دیوار اختصاصی طرف مزبور خواهد بود ،

۱۲۷ ـ حال باید دید که قرائن اختصاصی‌بودن دیوار که در مادهٔ ۱۱۰ مذکور شده است منحصر باینده قرینه است یابقرائن دیگر نیز ممکن است برای اختصاصی‌بودن دیوار استناد نمود .

چون معمولا امارههای قانونی حکم کلی را بهم زده و غالباً قلب دعوی می ـ نماید ، لذا مشکل است قاضی بتواند به حدود آن توسعه داده و عندالاقتضا باشباه و نظایر آن ها نیز استناد کند ، بلکه باید موارد اعمال آن قویاً محدود بوده و فقطدر جائی بان استناد شود که بموجب قانون تصریح شده است ولی نظر باینکـه در مادهٔ ۱۱۰ مخصوصاً تصریح گشته که « بنا بطور ترصیف و وضع سر تیر از جمله قرائنی است که دلالت بر تصرف و اختصاص میکند » لذا بدیهی‌است که قرائن دیگری نیز باید موجود باشد تا ایندو از جملهآن محسوب گردد ، پس برای اختصاصی بودن دیوار به غیر از دو قرینه مزبوره بقرائن دیگری نیز میتوان استناد نمود ، مثل اینکه دو زمین مجاور یکی محصور و دیگری غیر محصور باشد بدیهی است که دیوار فاصل بین آندو مختص زمین محصور خواهد بود . ولی اگر زمین‌دیگر نیزمحصور باشد ولواینکه از یکطرف بوسیله دیوار فاصل و از طرف دیگر بوسیله پرچین مثلا قرینه اختصاصی بودن از بین خواهد رفت . معذالك درموضوع این امارات نباید اشتباه نمود زیراکه امارهٔ قانونی برای اختصاصی بودن دیوار متصرف وذوالید بودن است واین قرینه تنها قرینه ایست‌که میتوان محل استفاده قرارداد و امارات مذکوره در مادهٔ ۱۱۰ ازجمله دلائل تصرف میباشد .

۱۲۸ ـ و نیز ممکن است که قرینه اختصاصی بودن منحصر بیك طرف نبوده بلکه ازهر دو طرف دیوارقرینه مزبور موجود باشد دراینصورت قراین مزبوره با یکدیگر معارضه نموده و بدینطریق امارهٔ اختصاصی بودن از بین میرود و حکم کلی یعنی محکومیت دیوار باشتراك جای گیر آن می شود مگر این کـه عکس آن ثابت شود چنانچه مادهٔ ۱۱۱ مقرر میدارد « هر گاه از هر دو طرف بناء متصل بدیوار بطورترصیف باشد و یا از ـ هر دو طرف بر روی دیوار سرتیر گذاشته شده باشد آن‌دیوار محکوم باشتراك استمگر اینکه خلاف آن ثابت شود »

۱۲۹ – مخارج تعمیر و نگاهداری دیوار مشترك بر عهدهٔ کسانی است که در آن شرکت دارند (مادهٔ ۱۱۳) ولی شرکاء نمیتوانند یکدیگر را مجبور بتعمیر آن نمایند مگر اینکه دفع ضرر بنحو دیگری ممکن نباشد .

۱۳۰ – این ترتیب اخیر که بموجب مادهٔ ۱۱۴ قانون مدنی اتخاذ شده است شاید در ظاهر قدری عجیب بنظر آید زیرا که بارعایت این ماده کسی که مالك دیوار مشترك است باید مطیع هوا و هوس شریك خود باشد و اگر شریك مزبور نخواهد دیوارمشترك را تعمیر کند شریك دیگر نیز باید نتایج سوء این هوسرانیرا متحمل گردد . ولی نظر باینکه هر کس اختیار مال خود رادارد و اگر اجبار شریك مجاز میبود لطمه بزرگی باصل سلطنت و تسلطی که هر کس باید نسبت بما یملك خود داشته باشد وارد میگشت ، صحت قاعدهٔ مندرج در مادهٔ ۱۱۴ محرز می گردد ، و از طرف دیگر برای این که احترام این اصل منجر بتضرر طرف نباشد مادهٔ مزبورداضافه میکند که « مگر دفع‌ضرر بنحو دیگرممکن نباشد . » پس قاضی قضیه باید درتشخیص امکان یا عدم امکان دفع‌ضرر به نحودیگر ، فوق‌العاده دقیق بوده واین امکان یا عدم امکان را فقط منحصر بتعمیر دیوار مشترك نماید ، نه این که آن را با یك نظر وسیعی ملاحظه کرده ، ومثلا شریك دیوار را از تحمل مخارج دیوار مشترك معاف دارد ، باستناد این‌که برای شریك دیگر ممکن است با بنای دیوار جدید در زمین اختصاصی خود ، دفع ضرر از خود نماید ، در هر حال نه فقط در این مورد بلکه در تمام مواردی که بین قاعدهٔ تسلط اشخاص باموال خود وقاعدهٔ مسئولیت اشخاص از ضررهای ناشیه آن ها یعنی‌بین قاعدهٔ (الناس مسلطون علی اموالهم) و قاعدهٔ (لا ضرر و لاضرار) تعارضی واقع شود بر عهدهٔ قاضی قضیه است که مراتب عدل و انصاف و همچنین اوضاع و احوال قضیه بخصوصه را در نظر گرفته با رعایت حکومت قاعدهٔ لاضرر و با سنجیدن میزان ضرر های وارده بر طرفین حکم مقتضی صادر کند .

۱۳۱– مطابق مادهٔ ۱۱۵ « درصورتی‌که دیوار مشترك خراب شود واحد شریکین‌از تجدید بنا واجازهٔ تصرف در مبنای مشترك امتناع نماید شریك دیگر میتواند در حصه خود تجدید بنای دیوار کند» اگرچه مفهوم این ماده دربادی امر ازجمله توضیح واضحات بنظر، میاید زیرا این نکته‌بدیهی‌است که هرکس مطابق مادهٔ ۳۰ قانون مدنی که مبین اصل

الناس مسلطون است ، میتواند درزمین اختصاصی خود هر بنائیکه مقتضی بداند بسازد ، ویاهر تصرف دیگری که بخواهد بکند، واین مسئله محتاج بتوضیح مجدد نبوده ولی اگرقدری تدقیق شود معلوم خواهد شد ، که مقصود از ماده ۱۱۵ این نبوده، است که مفهوم ماده ۳۰ در مورد خاصی تکرار شده باشد ، بلکه مقصود این است که اگر دیـوار مشترك خراب شود ، واحد شریکین نخواهد در مخارج تجدید بنا شرکت کند ، واجازه هم ندهد که شریك دیگر در سهم او از مبنی تصرف نماید ، این خود دلیل صرف نظرکردن از داشتن دیوار مشترك ، یعنی امتناع از دخول در شرکت جدیداست .

توضیح آنکه مطابق یك اصل کلی که بموجب ماده ۵۸۹ اتخاذ شده است هیچکس را نمیتوان مجبورنمود که در شرکت باقی بماند ، بلکه هر شریك میتواند هر وقت بخواهد تقسیم مال مشترك را تقاضا کند، و همینطور مطابق اصل الناس مسلطون علی اموالهم هیچکس را نمی توان مجبور بدخول در شرکت نمود ، بنابراین در مورد ماده ۱۱۵ امتناع شریك از تجدید بنا و عدم اجازه تصرف در سهم او کاشف از میل اواست برعدم تجدید شرکت، که بواسطه خراب شدن دیوار مشترك نسبت بدیوارمزبور برطرف شده است . بااین ترتیب هرگاه شریك دیگر بخواهد باید در زمین اختصاصی خود دیوارجدیدی بنا کند واگر دیوار جدید درمبنای مشترك ساخته شودشریك دیگر حق خواهد داشت ازاله آنرا بخواهد . و در نتیجـه همین عدم امکان اجبار بر دخول در شرکت است که مطابق ماده ۱۲۳ اگر زمین یا خانهٔ بین دونفر تقسیم شود یکی از آنها نمیتواند دیگر یرا مجبور کند که با هم مشترکاً دیواری مابین دوقسمت بنا نمایند.

۱۳۲ ــ ممکن است که احد شرکاء از شرکت در مخارج تجدید بنا مضایقه نماید ولی راضی بتصرف شریك دیگر درزمین مشترك باشد دراین صورت مطابق ماده ۱۱۶ هرگاه بنای جدید بامصالح مشترك ساخته شود دیوار مشترك خواهد بود و الامختص به شریکی است که بنارا بامصالح مختص خود بنا کرده است ولی شرکت شریك دیگر در مبنای مشترك بحال خود باقی خواهد بود و شریك مزبور اگر از اجازه رجوع نمود ، باید از عهده تضررات شریك دیگر برآید زیراکه در اینصورت شریك خودرا متضرر نموده و وادار به تحمل مخارجی کرده است که دیگر نخواهد توانست از آن استفاده کند .

۱۳۳ ـ مطابق مادهٔ ۱۱۷ « اگـر یکی از دو شریك دیوار مشترك را خراب کند در صورتی که خراب‌کردن آن لازم نبوده باشد آنکه خراب‌کرده باید مجدداً آنرابنا کند » بدیهی است که در این مورد لزوم یا عدم لزوم خراب کردن دیوار باید ازنقطه نظر منافع هردو شریك ملحوظ شود نه تنها ازنقطه نظر نفع شریکی که دیوار راخراب کرده زیرا کـه در این صورت نمی توان گفت از نقطه نظر نفـع شریك دیگر خراب کردن دیوارلزومی داشته است .

۱۳٤ ـ تصرف هر شریکی در دیوار مشترك باید با اجازهٔ شریك دیگر باشد ، و بنابراین هیچیك از دو شریك حق ندارد دیوار مشترك را بالا ببرد . یا روی آن بنا یا سرتیر بگذارد ، یا دریچه یا رف باز کند ، چنانکه همین معنی بموجب مادهٔ ۱۱۸ تصریح شدهٔ است و همچنین در تعقیب همین نظریه مادهٔ ۱۱۹ مقرر میدارد « هریك از شرکاء بر روی دیوار مشترك سرتیری داشته باشد نمی تواند بدون رضای شریك دیگـر تیر ها را از جای خود تغییر دهد و بجای دیگر از دیوار به گذارد » زیرا کـه در این صورت تصرف جدیدی در دیوار مشترك خواهد بود و هر تصرف محتاج بـاجازهٔ شریك میباشد .

۱۳۵ ـ ممکن است دیوار فاصل بین دو ملك ، مشترك نبودهٔ و مختص بیکی از دو ملك باشد ، ولی مالك یکی از آنها بدیگری اجازهٔ دادهٔ باشد که در دیوار اختصاصی او تصرفاتی بنماید ، مثل اینکه اجازهٔ بدهد که بر روی دیوار سرتیری بگذارد ، دراین صورت اگـر تصرف همسایه در دیوار اختصاصی همسایه دیگـر در نتیجه صرف اجازهٔ باشد یعنی حقی برای همسایه در موضوع گذاشتن سرتیر دادهٔ نشدهٔ باشد ، صاحب دیوار می تواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند مگر این که بوجه ملزمی این حق را از خود سلب کرده باشد ، یعنی در ضمن عقد لازمی ملتزم شده باشد که از اجازهٔ خود رجوع نکند و این در حقیقت اعطای حقی است به همسایه .

هر گاه کسی باذن صاحب دیوار روی دیوار سرتیری به گـذارد و بعد آن را بردارد نمیتواند مجدداً سرتیر را بگـذارد مگر باذن جدید از صاحب دیوار . زیرا در این صورت تصرف‌جدیدی خواهد بودکه خود محتاج به اجازهٔ مخصوصی است (مادهٔ ۱۲۱)

این ترتیب مختص بگذاشتن سرتیر نبودهٔ ، بلکه در هر تصرفی باید رعایت گردد ،

مثل این که اگر کسی به اجازه صاحب دیوار دریچه در آن باز نموده باشد و بعد آن را مسدود کند ، دیگر نمی تواند آن دریچه را باز نماید ، مگر به اذن جدید صاحب دیوار .

۱۳۶ – بطوری که فوقا مذکور شد ممکن است که گذاشتن سر تیر یا اعمال تصرفات دیگر در دیوار مختصی همسایه در نتیجه حق یا اذن باشد ، و نیز ممکن است که سابقه این تصرف معلوم نباشد ، یعنی صاحب دیوار و همسایه که در آن تصرفاتی دارد نداند که سابقاً این تصرفات به موجب چه سندی به عمل آمده است ، در این صورت مطابق حکم کلی که تصرف دلیل مالکیت است شخصی که در دیوار مختص همسایه تصرفات دارد صاحب حق تصرف شناخته می شود ، مگر این که ثابت گردد که وضعیت سابق به صرف اجازه بوده است ، چنان که در این موضوع ماده ۱۲٤ مقرر می دارد « اگر از قدیم سرتیر عمارتی روی دیوار مختصی همسایه بوده و سابقه این تصرف معلوم نباشد باید به حال سابق باقی بماند و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن سرتیر بر داشته شود صاحب عمارت می تواند آن را تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد مگر این که ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است »

۱۳۷ – لازم نیست که همه وقت املاك مجاور بوسیله دیوار از هم تفکیك و جدا شود ، بلکه ممکن است که فاصل بین املاك عبارت باشد از نرده یا پرچین و یا درخت و غیره ، در این صورت فاصل مزبور در حکم دیوار بوده و تمام احکامی که راجع به فاصل بین املاك اعم از مشترك و مختص مذکور شد ، درباره این قبیل فاصله ها نیز مجری خواهد بود ، چنان که ماده ۱۳۵ قانون مدنی در این موضوع مقرر می دارد « درخت و حفیره و نحو آن ها که فاصل بین املاك باشد در حکم دیوار مابین خواهد بود »

۱۳۸ – در اول این مبحث مذکور شد که ممکن است حد فاصل بین دو ملك دیوار بوده و آن ها را بطور افقی از یکدیگر مجزا نماید ، و یا سقف باشد و املاك را در خط عمودی تفکیك کند ، و این در مواردی است که طبقه تحتانی عمارت مال یك نفر ، و طبقه فوقانی آن مال یکنفر دیگر باشد ، در این صورت ، سقف مشترك بین

دو طبقه ، یعنی آن قسمت از عمارت که برای طبقه تحتانی سقف ، و برای طبقه فوقانی کف محسوب میشود ، بمنزله دیوار مشترك خواهد بود ، و هریك از طبقه تحتانی و فوقانی در حکم املاك مجاوری خواهد بود ، که مالکین علیحده داشته باشد ، چنان که ماده ۱۲۶ مقرر میدارد « صاحب اطاق تحتانی نسبت به دیوار های اطاق وصاحب فوقانی نسبت بدیوار های غرفه بالاختصاص و هردو نسبت بسقف مابین اطاق و غرفه بالاشتراك متصرف شناخته میشوند . »

۱۳۹ — در عماراتیکه یك طبقه آن مال یکنفر و طبقه بالاتر مال یك نفر دیگر است اگر چه تقریباً تمام پله که از طبقه پائین ببالا میرود در طبقه پائین واقع است ، معذالك مطابق ماده ۱۲۷ پله مزبور ملك صاحب طبقه فوقانی محسوب است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود .

اتخاذ این ترتیب هم طبیعی و هم موافق منطق است ، زیرا که از این پله فقط صاحب طبقه فوقانی استفاده میکند ، در این صورت طبیعی است که مادام که عکس امر ثابت نشده است باید پله مزبور ملك صاحب طبقه فوقانی شناخته شود .

۱۴۰ — تصرفاتیکه هریك از صاحبان طبقه تحتانی و فوقانی در قسمت اختصاصی خود مینمایند ، و همچنین تصرفاتی که میتوانند در قسمت اشتراکی کنند ، باید برطبق اصل کلی بعمل آید ، یعنی هریك در قسمت اختصاصی خود با رعایت مفاد ماده ۱۳۲ میتواند تصرفاتیکه میخواهد بعمل آورد ، و در قسمت اشتراکی هم آن اندازه تصرف کند که مزاحم حق دیگری نباشد ، چنانکه این معنی بموجب ماده ۱۲۵ بطریق ذیل تصریح شده است « هرگاه طبقه تحتانی مال کسی باشد و طبقه فوقانی مال دیگری هریك از آن ها میتواند بطور متعارف درحصه اختصاصی خود تصرف بکند لیکن نسبت بسقف بین دو طبقه هریك از مالکین طبقه فوقانی و تحتانی میتواند درکف یاسقف طبقه اختصاصی خود بطور متعارف آن اندازه تصرف نماید که مزاحم حق دیگری نباشد »

مطابق ماده مزبوره فوق تصرفات هریك از مالکین ، خواه در قسمت اختصاصی و خواه در قسمت اشتراکی ، باید بطور متعارف باشد ، یعنی بدرجهٔ نباشد که موجب تضرر دیگری یا مزاحم حق او گردد و این ترتیب موافق است باهمان حکم کلی که بموجب ماده ۱۳۲ قانون مدنی اتخاذ و سابقاً بان اشاره گردید و مطابق آن « کسی

نمیتواند در ملك خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که بقدر متعارف و برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود باشد »

۱۴۱ – نسبت بتعمیر و تجدید بنای سقف مشترك بین دو طبقه ، تقریباهمان رویه و ترتیبی اتخاذ شده است که در موضوع تعمیر و تجدید بنای دیوار مشترك‌مذکور گردید . و بموجب ماده ۱۲۸ « هیچیك از صاحبان طبقه تحتانی و غرفه فوقانی نمیتواند دیگری را اجبار بتعمیریا مساعدت در تعمیر دیوارها و سقف آن بنماید » و بموجب ماده ۱۲۹ هر گاه سقف مابین عمارت تحتانی و فوقانی خراب شود در صورتی که بین مالك فوقانی و مالك تحتانی موافقت در تجدید بنا حاصل نشود و قرار داد ملزمی سابقاً بین آن ها موجود نباشد هر یك از مالکین اگر تبرعا سقف را تجدید نمود چنانچه بامصالح مشترك ساخته شده باشد سقف مشترك است و اگر با مصالح مختصه ساخته شده مختص به بانی خواهد بود » عبارات این ماده قدری منافی هم است زیرا که گفته شده است که اگر یکی از مالکین تبرعاً سقف را تجدید کند در صورتی که تجدید بنا با مصالح مشترك باشد سقف مشترك و در صورتی که با مصالح مختصه باشد سقف متعلق به بانی خواهد بود ، و حال آنکه اگر بانی‌قصد تبرع نموده باشد سقف باید در هر حال مشترك گردد ، خواه با مصالح مشترك ساخته شود و خواه بامصالح اختصاصی ، و الا اگر در صورت تجدید با مصالح اختصاصی سقف نیز مختص بانی باشد دیگرتبرعی نخواهد بود .

برای رفع این تنافی لابد باید چنین تعبیر نمود که کلمه تبرعاً معطوف به موردی است که تجدید بنا با مصالح مشترك شده باشد ، چه در این صورت بانی سقف که بتنهائی متحمل اجرت این عمل شده ، یا خود عمل را انجام داده ، نسبت باجرت عمل متبرع بوده است . و اگر غیر از این باشد باید اذعان نمود که کلمه تبرعاً زائد می باشد .

۱۴۲ – علاوه بر دیوار یا سقف فاصل بین املاك مجاور که ممکن است بین مالکین املاك مزبور تولید اختلاف کند ، و احکام مربوطه بان فوقاً مذکور گردید ، اشیاء و تصرفات دیگری نیز ممکن است بین آنها ایجاد تشاجر نماید . مثلا شاخه یاریشه درختی که در زمین کسی کاشته شده است بفضای خانه همسایه یا زیر زمین آن‌داخل

گردد ، یاهمسایه در دیوار اختصاصی خود تصرفی کند که موجب تضرر یا منافی آسایش همسایه دیگر شود ، مثل اینکه در دیوار اختصاصی خود پنجره باز کند .

در مورد شاخه یا ریشه درخت که داخل فضایا زمین غیر شو د مادهٔ ۱۳۱ : مقرر میدارد « اگر شاخه درخت کسی داخل در فضای خانه یا زمین همسایه شود باید از آن جا عطف کند و اگر نکرد همسایه می تواند آن را عطف و اگر نشد از حد خانه قطع کند و هم چنین است حکم ریشه های درخت که داخل ملك غیر می شود »

پس بموجب این مادهٔ هر کس باید شاخه درخت خودرا که داخل در فضای ملك همسایه شده است عطف کند . یعنی بر گرداند و مجدداً وارد فضای ملك خودش نماید ، و اگر نکرد همسایه می تواند آن را بر گرداند . ولی چون غالبا بر گردانیدن شاخه از حدی که طبیعتاً برای رشد خود اتخاذ نموده است ممکن نمی شود ، لذا در این صورت مادهٔ مزبوره اجازه میدهد که مالك همسایه شاخه درخت را از حد ملك‌خود قطع نماید . و همین ترتیب در بارهٔ ریشه درخت نیز که وارد ملك غیر شود مجری خواهد بود .

۱۴۳ - در مورد تصرفات دیگری که مالك ملکی در ملك خود مینماید و ممکن است موجب تضرر یا منافی آسایش همسایه گردد مادهٔ ۱۳۲ که تا بحال چندین مرتبه بحکم مندرج در آن اشاره شده است اصلی اتخاذ نموده ، و اصل مذکور در بعضی از موارد دیگر اعمال گردیده است . اصل مندرج در مادهٔ ۱۳۲ حاکی از این است که « کسی نمیتواند در ملك خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی‌که بقدر متعارف و برای رفع حاجت ویا دفع ضرراز خود باشد »

بطوری که سابقاً مذکورشد این‌مادهٔ اصل لاضرر ولاضرار را تعیین مینماید وحال باید اضافه کنیم‌که بعلاوه ، حاکمیت اصل مزبور را بر اصل الناس مسلطون علی اموالهم تأیید می‌کند ، چه بر طبق اصل‌الناس مسلطون که‌بموجب ماده ۳۰ قانون مدنی توضیح شده است « هر مالکی نسبت بما بملك خود حق همه گونه تصرف و انتفاع داردمگر در مواردی که قانون استثناء کردهٔ باشد » و مادهٔ ۱۳۲ این اصل مهم را محدود کرده و مقرر میدارد که این استیلا وتسلط بر مال خود نباید مستلزم تضررغیر شود .

۱۴۴ – در تعقیب این فکر مادهٔ ۱۳۳ مقرر میدارد «کسی نمیتواند ازدیوار خانه خود بخانه همسایه در باز کند اگر چه دیوار ملك مختصی او باشد لاکن میتواند ازدیوار مختصی خود روزنه یاشبکه باز کند و همسایه حق منع اورا ندارد ولی همسایه هم میتواند جلو روزنه و شبکه دیوار بکشد یا پرده بیاویزد که مانع رؤیت شود» همانطور که شخص نمیتواند از دیوار اختصاصی خود بخانه همسایه درباز کند همانطور هیچکس نمی تواند از خانه خود بملك همسایه خروجی بدهد زیرا بطوریکه قریباً مذکور خواهد شد فضای مقابل هرزمین متعلق بمالك آن زمین است، و باوجود این قاعده کسی که بفضای خانه همسایه خروجی بدهد نه فقط در ملك خود تصرفی مینماید که مضر منافع همسایه میباشد، بلکه در ملك همسایه تصرفات غیر مجاز مینماید.

۱۴۵ – و نیز در تعقیب اصل لاضرر و بلکه در استقبال اصل مزبور مادهٔ ۱۲۲ مقرر میدارد« اگر دیواری متمایل بملك غیر یاشارع ونحوان شود که مشرف بخرابی گردد صاحب آن اجبار میشود که آنرا خراب کند » بدیهی است که از نقطه نظر منافع عمومی درصورتیکه دیوار متمایل بشارع باشد، واز نقطه نظر حفظ منافع مالك همسایه، اگر دیوار مشرف و متمایل بملك غیر شود ، باید مالك آنرا مجبور نمود که قبل از انهدام وتولید ضرر آنراخراب ویا تعمیر کند.

۱۴۶ – بالاخره نظیر روابط ومشکلاتی که بین دو همسایه موجود میشود بین اشخاصیکه حق مشاع غیر قابل تقسیمی را دارا میباشند موجود میگردد؛ مثلا اگر اشخاص متعددی ازیك معبر حق العبور و یاازیك محل حق المجری داشته باشند دراینصورت مطابق مادهٔ ۱۳۴ هیچ یك ازآنها نمیتواند شرکاء دیگر خودرا مانع از عبور یابردن آب شود، بعبارهٔ اخری شرکاء در روابط بایکدیگر بمنزله شرکائی خواهند بود که ملك یکی از آنها مورد ارتفاق ملك دیگر میباشد.

مبحث سوم

در حریم املاك

۱۴۷ – مطابق مادهٔ ۱۳۶ « حریم مقداری از اراضی اطراف ملك و قنات ونهر وامثال آن است که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد»

برای استفاده و یا انتفاع ازیك مال موجبات ووسائلی لازم است که بدون آن انتفاع از

آن غیر ممکن ویا لااقل کامل نمیشود. مثلا اگر کسی مالک یك حلقه چاهی باشد که باید آب آنرا برای زراعت زمین استعمال کند ، وقتی میتواند از این چاه استفاده کند کهچرخ ودلو یا تلمبه داشته باشد؛ ولی باداشتن چرخ ودلو یاتلمبه نیز انتفاع او نمیتواند کامل شود، مگر وقتی که در اطراف چاه مقدار کافی زمین داشته باشد تاچرخ یاتلمبهرا در آن بگذارد، ویا آبی راکه ازچاه میکشد آنجا بریزد تابمکان آبیاری زراعت بخورد. پس دراینصورت آن مقدار زمینی که در اطراف چاه یا قنات و غیره برای کمال انتفاع از آن ضرورتدارد حریم او خواهد بود.

۱۴۸ - مطابق ماده ۱۳۹ « حریم در حکم ملك صاحب حریم است وتملك درآن که منافی باشد با آن چه مقصود از حریم است بدون اذن از طرف مالك صحیح نیست و بنا بر این کسی نمیتواند در حریم چشمه و یا قنات دیگری چـاه یا قنات بکند ولی تصرفاتیکه موجب تضرر نشود جایزاست.»

شرط این که زمین واقع در اطراف چشمه یا قنات دیگری حریم محسوب شود آن است که متعلق بصاحب چشمه یا قنات نباشد ، و الا ملك او بوده و هیچ تصرفی از طرف دیگران در آن مجاز نمی باشد ولو این که موجب تضرر صاحب چشمه یا قنات نباشد ، و بهمین جهت است که ماده مزبوره میگوید حریم در حکم ملك صاحب حریم است نه ملك او و همینطور در آخرماده تصریح شده است که « ولی تصرفاتیکه موجب تضرر نشود جایز است »

فرض حریم در زمین موات است نه دراراضی محیات یعنی اگر کسی در اراضی موات قناتی احداث کند کس دیگر نمی تواند در حریم این قنات احداث قنات دیگری بکند ولی اگر کسی در زمین محیات که زمین جنب او نیز محیات و ملك غیر است احداث قنات کند دیگر نمی‌تواند بادعای داشتن حریم مالك همسایه را از تصرف در ملك خود ممنوع بدارد .

۱۴۹ - ماده ۱۳۷ و ماده ۱۳۸ قانون مدنی برای حریم مقادیری معین کرده است که بقرار ذیل میباشد : نسبت بچـاه برای آب خوردن بیست گز - نسبت بچاه برای زراعت سی گز - نسبت بچشمه و قنات از هر طرف در زمین سخت دویست وپنجاه گز - و درزمین رخوه پانصد گز است .

مقادیر مذکور فوق محدودنمیباشد باینمعنی که اگربرای جلوگیری از ضرر کافی نباشد باندازهٔ که برای رفع ضرر کافی باشد بان افزوده میشود .



کتاب دوم

در اسباب تملك

۱۵۰ ـ بموجب مادهٔ ۱٤۰ « تملك حاصل میشود : ۱) باحیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه ـ ۲) بوسیله عقود و تعهدات ـ۳) بوسیله اخذ بشفعه ـ ٤ بارث »

۱۵۱ ـ اگرچه ظاهراً مادهٔ مزبور فوق که درذیل عنوان اسباب تملك نوشته شدهٔ حاکی از این است که اسباب دیگری برای تملك وجود ندارد ولی معذالك مواد دیگری درقانون مدنی موجود است که بطور غیر مستقیم حکایت از وجود یك سبب دیگری‌نیز مینماید که بوسیله آن میتوان تملك نمود .

مواد مزبوره عبارت است از: مواد ۳۲ ـ ۳۳ ـ ۳٤ ـ ۳۸ ـ۳۹ ۹٦ و غیره مثلا بموجب مادهٔ ۳۲ « تمام ثمر ات و متعلقات اموال منقوله و غیر منقوله که طبعاً یا در نتیجه عملی حاصل شدهٔ باشد بالتبع‌مال مالك اموال مزبور است » و همچنین موافق مادهٔ ۳۳ « نما و محصوای که از زمین حاصل میشود مال مالك زمین است چه بخودی خود روئیدهٔ باشد یا بواسطه عملیات مالك مگر اینکه نما یاحاصل از اصله یا حبه غیر حاصل شدهٔ باشد . که در این صورت درخت و محصول مال صاحب اصله یا حبه خواهدبود اگرچه‌بدون رضای صاحب زمین کاشته شدهٔ باشد » و در حقیقت این ماده مبین همان حکمی است که بحکم (الزرع للزارع ولوکان غاصبا) مشهور است و همچنین به موجب مادهٔ ۳٤ « نتاج حیوانات‌در ملکیت تابع مادر است و هرکس مالك مادر شد مالك نتاج آن هم خواهد شد »

برای این اسباب جدید عنوان خاص و اسم مخصوصی در قانون مدنی موجودنیست

ولی از عبارت مادهٔ ۳۲ که ثمرات و متعلقات بالتبع مال مالك اموال مزبوره است وهم چنین از عبارت مادهٔ ۳٤ مزبور فوق که‌بموجب آن نتاج حیوانات در ملکیت تابع مادر است معلوم می شود اساس این اسباب تملك در تبعیت مملوك است ، به‌عبارت اخری هر کس مالك چیزی شد مالك توابع آن نیز خواهد بود ، چنانکه در تمام مواد مزبورد فوق یعنی مادهٔ ۳۲ و ۳۳ و ۳٤و ۳۸ و۳۹ و ۹٦ صحبت از اموالی است که تابع ملك می باشد .

۱۵۲ — پس می توانیم بگوئیم که تملك بتبعیت مملوك نیز حاصل میشود بنا بر این اسباب تملك عبارتست از :

۱) احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه که بوسیله آن یکنفر شیئیرا که مالك خاص ندارد با قصد تملك احیاء مینماید - ۲) تبعیت مملوك که‌بموجب آن مالك‌عین مالك توابع آن نیز می‌شود - ۳) عقود و تعهدات که‌در نتیجه آن یك نفر با رضایت مالك سابق مالك شیئی می شود که قبلا مال دیگری بوده است ٤) اخذ بشفعه که‌بوسیله آن یکنفر مالك شیئی میشود که قبلامال‌دیگری بوده است اگرچه مالك سابق راضی نباشد - ٥) ارث که بموجب آن ما یملك یك نفر پس از فوت او به وراث قانونی او منتقل می گردد .

قسمت اول

در احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه

۱۵۳ — اولین سبب ازاسباب تملك عبارتست ازاحیاء اراضی موات و حیازت‌اشیاء مباحه و ماهر یك از آنها را علیحده بیان می کنیم .

فصل اول

در احیاء اراضی موات

۱۵٤— مطابق‌قسمت اخیر مادهٔ ۲۷ اراضی موات عبارتست از زمینهائی که معطل افتاده و آبادی و کشت وزرع در آنها نباشد .

اراضی بر دو قسم است : مملوك و مباح، واراضی مملوك هم ممکن است موات باشد یا محیات.

اراضی موات مملوکرا نمیتوان بوسیله احیاء تملك نمود ، زیرا آن اراضی ملك اختصاصی مالك بوده و تصرف غیر در آن ، تصرف غاصبانه خواهد بود . بر عکس اراضی موات مباحه را میتوان بوسیله احیاء تملك نمود ، چنانکه ماده ۱۴۳ مقرر میدارد «هر کس از اراضی موات و مباحه قسمتی را بقصد تملك احیاء کند مالك آن قسمت میشود »

۱۵۵ - مقصود از احیاء زمین آنست که شخص اراضی موات ومباحه را یعنی اراضی را که کسی آنرا بوضع یدیا بنحو دیگر تملك نکرده و در حال تعطیل و بدون کشت و زرع است ، بوسیله عملیاتی که در عرف آباد کردن محسوب است ازقبیل زراعت- درخت کاری - بنا ساختن و غیره قابل استفاده نماید (ماده ۱۴۱)

پس اگر کسی زمین مواتیرا که بواسطه نداشتن مالك جزو مباحات محسوب می شود ، بنحوی از انحاء آباد کند به طوریکه عرفاً بگویند که این زمین آباد شده است احیاء کننده محسوب و در نتیجه همین احیاء مالك آن میشود، مشروط بر اینکه قصد تملك آنزمینرا داشته باشد .

۱۵۶ - احیاء باید بوسیله عملیاتی باشد کهدر عرف آنرا آباد کردن می گویند . بنا بر این هر تصرف در زمین احیاء محسوب نمیشود ، و بلکه ممکن است فقط شروع در احیاء محسوب گردد ، چنانکه ماده ۱۴۲ مقرر میدارد « شروع در احیاء از قبیل سنك چیدن اطراف زمین یا کندن چاه و غیره تحجیر است و موجب مالکیت نمی شود ولی برای تحجیر کننده ایجاد حق اولویت در احیاء مینماید » و همچنین ماده ۱۶۰ مقرر میدارد « هر کس در زمین خود یا در اراضی مباحه بقصد تملك قنات یا چاهی بکند تا باب برسد یا چشمه جاری کند مالك آب آن میشود ودر اراضی مباحه مادامی که باب نرسیده تحجیر محسوب است » مقصود از تحجیر نه اینست که شخص واقعاً در اطراف زمین سنك چین نماید بلکه هر تصرف از اینقبیل مثل چاه کندن یا برگردانیدن زمین تحجیر یا بمنزله تحجیر میباشد .

تحجیر کننده مالك زمین نمیگردد ولی چون متحمل زحمات و شاید مخارجی هم شده است لذا قانون باو حق اولویت در احیاء میدهد ، ومطابق این حق شخص مزبور

میتواند از کس دیگری که بخواهد زمینیرا که او تحجیر کرده است احیاء کند جلو گیری نموده وخود در احیاء آن اقدام نماید.

۱۵۷ - مطابق مادهٔ ۱۴۴ اگر کسی اطراف زمینی را احیاء نماید مالك وسط آن زمین نیز میشود ، زیرا اگر مالکیت وسط زمین برای احیاء کنندهٔ شناخته نشود ، نتیجه آن خواهد شد که دیگری بتواند آن را احیاء کند و حال آن که زمین مزبور محاط است به ملك احیاء کنندهٔ اطراف .

۱۵۸ - احیاء کنندهٔ زمین باید قوانین دیگر مربوط باین موضوع را از هر جهت رعایت کند (مادهٔ ۱۴۵)

اگر چه فعلا قوانین مخصوص برای احیاء موات بغیر از آن چه که در قانون مدنی موجود است وضع نگردیده ولی بدیهی است که اگر بواسطه ازدیاد جمعیت و آبادی مملکت توجه مردم به سوی احیای اراضی موات که مخصوصاً در ایران فوق العاده زیاد است جلب شود دولت مجبور خواهد بود که برای این امر قوانین و نظاماتی ایجاد کند این است که مادهٔ ۱۴۵ قانون مدنی وضعیت آتی را پیش بینی کرده و مقرر داشته است که احیاء کنندهٔ باید سایر قوانین مربوط باین موضوع را ازهر جهت رعایت نماید. واگر در باب احیاء موات قانونی وضع شود قانون مزبور باید نقص قانون مدنیرا تکمیل کرده واین نکته را پیش بینی نماید که حق اولویت شخص تحجیر کننده تاچه حد خواهد بود یعنی شخص مزبور خواهد توانست که همه وقت باستناد حق اولویت خود از اقدام دیگران باحیاء زمین تحجیر شده جلو گیری کند یا باید بعد از گذشتن مدتی حق او ساقط گردد . البته نظر باینکه احیاء موات از امور عام المنفعه بوده و موجب تولید و ازدیاد ثروت میشود لذا باید هم تشویق و هم تسریع گردد پس لازم است که حق اولویت تحجیر کنندهٔ در مدت قلیلی بعد از تحجیر و در صورت عدم اقدام باحیاء ساقط شود .

فصل دوم

در حیازت مباحات

۱۵۹ - مطابق مادهٔ ۱۴۶ « مقصود از حیازت تصرف و وضع ید است یا مهیا

کردن وسایل تصرف و استیلا » و مطابق ماده ۲۷ اموال مباحه اموالی است که ملك اشخاص نمی باشد و افراد مردم میتوانند آن ها را مطابق مقررات مندرجه در این‌قانون و قوانین مربوطه به هر یك از اقسام مختلفه آن ها تملك کرده و یا از آن هااستفاده نمایند. مثلی که در مادهٔ مزبوره برای امـوال مباحه آورده شده است عبـارت است از اراضی موات و از این مثل چنین میتوان استدلال نمود که اراضی موات را هم ممکن است به حیازت تملك کرد و حـال آنکه مطابـق باب سابق شرط تملك آن ها احیاء قرار داده شده است ،

استدلال مزبور تا حدی صحیح و بموقع است منتهای مراتب بنظر قانون‌گذار برای هر قسم از اشیاء یکنوع تصرف و وضع یـد موجود است ، مثلا حیازت مباحات دیگر غیر از اراضی موات مثل آب دریا ها به تصرف و وضع ید مادی بعمل میاید و حال‌آنکه برای حیازت اراضی‌موات احیاءآن‌لازم است ، و الا تصرف بدون‌احیاء یاتحجیر ونحو آن موجب تملك نخواهد بود ــ و هم چنین حیازت دفینه به کشف‌آن و حیازت حیوانات غیر اهلی بوسیله‌صید بعمل میاید .

۱۶۰ ــ بعلاوه اراضی موات که بوسیله احیاء تملك می شود ، اموال دیگری که ممکن است به حیازت تملك گردد ودر ضمن سبب اول از اسباب تملك ذکر شده‌است بقرار ذیل می باشد :

۱) آب های مباح ــ ۲ اشیاء پیدا شده ــ ۳) دفینه ــ ٤) شکار ــ ولی در قسمت راجع به حیازت مباحات یکباب راجع بمعادن و یك فصل راجع به حیوانات ضاله تدوین‌شده است بدون اینکه قانون تملك آن ها را بوسیله حیازت تجویزنماید

۱۶۱ ــ راجع بمعادن بطوری که در باب آتی خواهیم دید مالکیت آنها به تبعیت زمینی است که در آنجا واقع شده نه در نتیجه حیازت ــ و اگر در قسمت‌مربوط بحیازت ذکری از آن شده فقط من حیث این است که چون در قانون مدنی تبعیت مملوك بعنوان قسمتی از اقسام تملك ذکر نشده و غالباً معادن در اراضی موات واقع است لذا موقع مناسب دیگری برای تعیین احکام راجعه به معادن موجود نبود. واما راجع بحیوانات ضاله ذکر آن در ذیل باب مربوط باشیاء پیدا شده از این نقطه نظر است که حیوانات مزبوره هم از اموال پیدا شده‌محسوب است منتهای مراتب احکام دیگر

داشته و آنها را نمیتوان بوسیله حیازت تملك نمود .

در هر حال هریك از عنوانات فوق را در مبحث علیحده ومطالب مربوطه بمعادن را درباب آتی ذکر مینمائیم

مبحث اول

در آبهای مباح

۱۶۲ ـ مطابق مادهٔ ۱۴۹ « هر گاه کسی بقصد حیازت میاه مباحه نهر یامجرائی احداث کند آب مباحی که در نهر یامجرای مزبور وارد شود ملك صاحب مجری است و بدون اذن مالك نمیتوان از آن نهری جدا کرد یازمینی مشروب نمود »

برای اینکه کسی آب مباحی را تملك کند باید نهر را احداث و آن رامتصل برود خانه یا آب مباح دیگری بنماید ، بنحوی که آب وارد نهر بشود و الا حیازت واقع نگشته و تملك آب حاصل نمیشود . ودراین صورت اخیر فقط نسبت بخود مجری در صورتی که در اراضی مباحه احداث شده باشد ، تحجیر کننده محسوب و حق اولویت خواهدداشت. چنانکه مادهٔ ۱۴۸ همین معنی را تصریح کرده ومقرر میدارد « هر کس در زمین مباح نهری بکند و متصل کند برودخانه آن نهر را احیاء کرده و مالك آن نهر میشود ولی مادامی که متصل برود خانه نشده است تحجیر محسوب است »

۱۶۳ ـ ممکن است در احداث نهر یا چاهی که برای حیازت آب کنده میشود، چندین نفر شرکت کنند ، در اینصورت مطابق مادهٔ ۱۵۰ اشخاص مزبور به نسبت عمل و مخارجی که موجب تفاوت عمل باشد مالك آب آن می شوند وباید آب بهمان نسبت بین آنها تقسیم شود .

۱۶۴ ـ همین که نهری مثلا برای حیازت آب مباح بشرکت چندین نفر کنده‌شد آن نهر و آب بنسبت عمل ، مشترك بین آنها میشود و این مال مشترك تابع احکام راجع بهر مال مشترك دیگر است وهمانطور که‌در موضوع دیوار مشترك ذکر شد هیچ یك از شرکاء نمیتواند بدون اذن دیگری تصرف کند مگر باجازهٔ سایر شرکاء چنانکه مادهٔ ۱۵۱ صراحتاً مقرر میدارد « یکی از شرکاء نمیتوانـد از مجرای مشترك مجرائی جدا کند یا دهنه نهر را وسیع یا تنك کند یا روی آن پل یا آسیاب بسازد یا اطراف

آن درخت بکارد یا هر نحو تصرفی کند مگر باذن‌سایرشرکاء» و بر عکس هریك ازشرکاء درنصیب مفروز خود از آبی که داخل در مجرای اختصاصی اومی‌شود میتواند همه گونه تصرفی که بخواهد بنماید چنانکه همین معنی بموجب مادهٔ ۱۵۲ بطریق ذیل تصریح شده است «اگر نصیب مفروز یکی از شرکاء از آب نهر مشترك داخل مجرای مختص آن شخص شود آن آب‌ملك مخصوص او میشود وهر نحو تصرفی درآن میتواند بکند».

۱۶۵ - ترتیب مزبور در صورتی ممکن است بدون اشکال انجام پذیر بشود که‌در مقدار نصیب شرکاء اختلافی نباشد و البته در صورت اختلاف قبلا باید حق هریك معلوم گردد . در این موضوع مادهٔ ۱۵۳ مقرر میدارد «هرگاه نهری مشترك مابین جماعتی باشد ودر مقدار نصیب هریك از آنها اختلاف شود حکم به تساوی نصیب آن‌ها میشود مگر اینکه دلیلی برزیادتی نصیب بعضی از آنها موجود باشد» بدیهی است که‌در اینصورت موافق دلائل موجود حکم میگردد .

۱۶۶ - میاه مباحه جزو مشترکات بوده وهرکس میتواند اراضی خود را از آن آب مشروب کند و یاآن را برای سایر حوائج خود از قبیل دایر کردن آسیاب وغیره استعمال نماید،ولی بسا میشود که آب یك رودخانه یانهری که‌جزو مباحات است برای رفع احتیاجات کلیه اشخاصی که میخواهند از آن استفاده کنند کافی نباشد، و در اینصورت البته بین اشخاص مزبور تولید اختلاف خواهد شد.

برای رفع این قبیل اختلافات مادهٔ ۱۵۶ قانون مدنی چنین مقرر میدارد «هرگاه آب نهر کافی نباشد که تمام اراضی اطراف آن مشروب شود و مابین صاحبان اراضی در تقدم و تاخر اختلاف شود و هیچ یك نتواند حق تقدم‌خودرا ثابت کند بارعایت ترتیب هر زمینی که بمنبع آب نزدیك تراست بقدرحاجت حق‌تقدم برزمین پائین ترخواهدداشت»

پس در صورت اختلاف،اول زمینی باید مشروب شود که حق تقدم آن‌بردیگران محرز گردد مثلا ثابت شود که تاریخ احیاء آن مقدم برتاریخ احیاء سایر اراضی بوده است چه در اینصورت مطابق مادهٔ ۱۵۸ «هرگاه تاریخ احیاء اراضی اطراف رود خانه مختلف باشد زمینی که احیاء آن مقدم بوده است در آب نیز مقدم می شود برزمین متأخر در احیاء اگر چه پائین تر از آن باشد .» و در صورتیکه حق تقدم هیچیك معلوم نباشد زمین‌های مختلف باید به ترتیبی که واقع شده اند مشروب گردند یعنی‌هر کدام

که بمنبع آب نزدیکتراست حق تقدم درشرب را خواهد داشت .

۱۶۷ - چون ترتیب فوق مشکلی را که ممکن است در موضوع حق تقدم دو زمین حاصل شود ، که در دو ساحل مقابل واقع شده و قرب آنها به منبع آب بیك اندازه میباشد حل نمی‌کند ، لذا مطابق ماده ۱۵۷ مقرر است که « هرگاه دو زمین در دوطرف نهر محاذی‌هم واقع شوند و حق تقدم یکی بر دیگری محرز نباشد وهردو در یك زمان بخواهند آب ببرند و آب کافی برای هردو نباشد باید برای تقدم و تأخر در بردن آب به نسبت حصه قرعه زد و اگر آب کافی برای هردو باشد به نسبت حصه تقسیم میکنند »

مادهٔ مزبوره ناظر بموردی است که حق تقدم دو زمین واقع در محاذی‌هم محرز نباشد ، چه بدیهی است که اگر یکی از آنها بعلت تقدم در تاریخ احیاء و یا بهرعلت دیگری حق تقدم داشته باشد ، بدواً باید مشروب گردد - پس درصورت عدم احراز حق تقدم نسبت بیکی از دو زمین ، اگر آب برای مشروب ساختن هردو کافی باشد اشکال مرتفع و هریك باید به نسبت حصه خود آب ببرد ، ولی اگرچنانچه آب برای مشروب ساختن هر دو زمین کافی نباشد ، باید برای تقدم و تأخر در برون آب قرعه زد ، و با وجود قرعه ، زمینی که باید درنتیجه این قرعه مقدمتاً آب ببرد ، باید آب را به‌نسبت حصه خود ببرد نه زیادتر .

۱۶۸ - در مقام تلخیص مواد مشروحه فوق معلوم میگردد :

اولا - زمین مقدم در شرب زمینی است که بنحوی از آنحاء حق تقدم داشته و این حق محرز باشد .

ثانیا - در صورت محرز نبودن حق تقدم برای هیچیك از اراضی، مشروب‌ساختن آنها باید بارعایت ترتیب الاعلی فالاعلی بعمل‌آید یعنی هرزمینی که‌بالاتر وبمنبع آب نزدیك تر است جلوتر مشروب شود .

ثالثا - نسبت باراضی واقعه در محاذی هم در صورت عدم کفایت آب و محرز نبودن حق تقدم حق مزبور بقرعه معین میگردد .

۱۶۹ - درنتیجه‌مراتب مذکورفوق‌معلوم‌میشوداگر کسی جدیداً زمینی را درکنار آب مباحی احیاء کند حق شرب او مؤخر بر دیگران خواهد بود . و این در صورتیستکه آب

رود خانه برای مشروب ساختن این زمین جدید کافی باشد و الا در صورت عدم کفایت بهیچوجه حق شرب نخواهد داشت ؛ چنانکه ماده ۱۵۹ در این موضوع مقرر داشته است. «هر گاه کسی بخواهد جدیداً زمینی در اطراف رود خانه احیاء کند اگر آب رود خانه زیاد باشد و برای صاحبان اراضی سابقه تضییقی نباشد میتواند از آب رود خانه زمین جدید را مشروب کند و الا حق بردن آب ندارد اگر چه زمین او بالاتر از سایر اراضی باشد».

مبحث دوم

در اشیاء پیدا شده و حیوانات ضاله

فقره اول - در اشیاء پیدا شده

۱۷۰ - بر عکس اراضی موات و میاه مباحه که قطع نظر از مقدار و قیمت باحیاء و حیازت صرف تملک میشود ، در تملک اشیاء پیدا شده قیمت آن مدخلیت تامی دارد و طریقه تملک آنها بنسبت کمی و یا زیادتی قیمت متفاوت میباشد -

مطابق ماده ۱۶۲ « هر کس مالی پیدا کند که قیمت آن کمتر از دهشاهی باشد میتواند آن را تملک کند» پس مال پیدا شده که بدون هیچ ترتیبات میتوان بمحض تصرف و وضع ید تملک نمود مالیست که قیمت آن کمتر از دهشاهی میباشد و اگر مال مزبور از حیث قیمت بدهشاهی و یا به بیش از این مبلغ برسد ، تملک ان بطریق ساده و بصرف تصرف و وضع ید ممکن نخواهد بود ، بلکه باید مسبوق بمقدمات و تشریفاتی باشد که بموجب ماده ۱۶۳ مقرر شده است :

۱۷۱- مطابق ماده ۱۶۳ « اگر قیمت مال پیدا شده دهشاهی یا بیشتر باشد پیدا کننده باید یکسال تعریف کند . اگر در مدت مزبوره صاحب مال پیدا نشد مشارالیه مجاز است که آنرا بطور امانت نگاه دارد یا تصرف دیگری در آن بکند ، در صورتیکه آن را بطور امانت نگاهدارد و بدون تقصیر او تلف شود ضامن نخواهد بود .» پس بموجب این ماده هر گاه قیمت مال پیدا شده دهشاهی یا بیشتر باشد باید تعریف شود و مطابق ماده ۱۶۴ « تعریف اشیاء پیدا شده عبارت است از نشر و اعلان بر حسب مقتضیات وقت و محل بنحوی که عادتاً باطلاع اهالی محل برسد »

بدیهی است تعریف در صورتی ممکن خواهد بود که شیئی پیدا شده علائم ممیزه

داشته باشد و الا در صورتیکه بهیچوجه نتوان میزانی برای آن معین کرد مثل یکصدد دو هزاری دیگر مجالی برای تعریف نمودن نخواهد بود .

۱۷۲ ـ شاید در بادی امر تصور شود ، اتخاذ این دو ترتیب مختلف برای اموال پیدا شده که قیمت های مختلف دارد منطقی نباشد ، زیرا که از نقطه نظر حق کمی یا زیادی قیمت مال نباید مؤثر باشد و اگر کسی نباید مال پیدا شده یعنی مالی را که مالك دیگری دارد ، تملك نماید چه تفاوتی خواهد بود بین مالی که قیمت آن کمتر از دهشاهی باشد یا بیشتر از ان ، و اگر بر عکس کسی بتواند از نقطه نظر حقوقی مال پیدا شده را تملك کند قیمت آن مال نباید در اجراء یا عدم اجرای این اصل مؤثر باشد .

ایراد مزبور شاید بموقع خود صحیح باشد ، ولی چون تصور میشود که هر گاه یك نفر مالی که قیمت ان مال کمتر از دهشاهی است کم کند دیگر بصدد پیدا کردن آن نخواهد آمد و درحقیقت از آن مال اعراض می نماید بنا بر این ایراد مزبور فون ایراد اساسی نمی باشد .

۱۷۳ ـ در نتیجه همین فکر احتمال اعراض یا عدم احتمال آن است که مطابق ماده ۱۶۵ « هر کس در بیابان یا خرابهٔ که خالی از سکنه بوده و مالك خاصی ندارد مالی پیدا کند می‌تواند آنرا تملك کند و محتاج بتعریف نیست مگر اینکه معلوم باشد که مال عهد زمان حاضر است در این صورت در حکم سایر اشیاء پیدا شده درآبادی خواهد بود» درمورد این ماده نیز چنین تصور شده است که هر گاه مالی در بیابان یا خرابه خالی از سکنه که مالك ندارد پیدا شود، احتمال قوی میرود که مربوط به ازمنه سابقه بوده و مالك سابق آن دیگر وجود ندارد، و اگر وراثی‌هم داشته باشد یا عالم بوجود چنین مالی نمی باشند ، و یا اگر هم عالم هستند ، از آن اعراض کرده اند ، وبر عکس اگر معلوم باشد که مال پیدا شده مال عهد و زمان حاضر است یعنی ممکن است که مالك معینی داشته باشد باید مثل سایر اموالی که در آبادی پیدا می شود تعریف شود .

۱۷۴ ـ ممکن است که کسی مالی را در ملك غیر یا در ملکی‌که از غیر خریده است پیدا کند ، در صورت اول اگراحتمال بدهدکه‌آن مال مال‌مالك فعلی‌آن ملك است ، و

در صورت دوم اگر احتمال دهد که مال مالك یا مالکین سابق است ، باید مطابق ماده ۱۶۶ بانها اطلاع دهد و اگر آنها مدعی مالکیت شدند و بقرائن مالکیت آنها معلوم شد باید آنرا بانها بدهد و الا باید بطریقیکه فوقاً مقرر است رفتار کند . یعنی هرگاه قیمت آن کمتر از ده شاهی باشد میتواند تملك کند و الا باید تعریف نماید . و نیز ممکن است که مال پیدا شده مالی باشد که نگاهداشتن آن ممکن نیست و اگر نگاهدارد فاسد میشود در این صورت پیدا کننده میتواند آنرا بقیمت عادله بفروشد و قیمت آن در حکم خود مال پیدا شده خواهد بود (ماده ۱۶۷)

۱۷۵ ــ مطابق ماده ۱۶۸ هرگاه مال پیدا شده در زمان تعریف بدون تقصیر پیدا کننده تلف شود ، مشارالیه ضامن نخواهد بود ، چه بدیهی است که پیدا کننده مال را نمیتوان بیش از یك امین محسوب نمود ، و چنانکه در فصل راجع بامانت ملاحظه خواهد شد ، هیچ امانت دار و یا هیچ کسی را که در حکم امین است نمی توان مسئول تلف شدن امانت نمود در صورتی که تلف شدن مال مربوط به تقصیر او نباشد .

۱۷۶ ــ منافع حاصله ازمال‌پیداشده‌تابع خود آن مال‌است و بنابر این منافعی که قبل ازتملك حاصل میشود متعلق بصاحب مال ومنافعی که بعد از تملك حاصل میشود متعلق به پیدا کننده خواهد بود(ماده ۱۶۹)

فقره دوم در حیوانات ضاله

۱۷۷ ــ حیوانات ضاله یعنی حیوانات گم شده . ومطابق ماده۱۷۰ حیوان گم شده عبارت از هر حیوان مملوکی است که بدون متصرف یافت شود. پس برای اینکه‌حیوانی گم شده محسوب گردد باید مملوك کسی باشد و بدون متصرف پیدا شود ، و بنابر این حیواناتی که مال کسی نمی باشند و بهمین جهت بدون متصرف هم هستند ضاله محسوب نمیشوند ولی اگر حیوان مملوکی در چراگاه یا نزدیك آبی بدون متصرف یافت شود ، و همچنین اگر حیوانیکه بدون متصرفی یافته میشود حیوانی باشد که در مقابل حیوانات درنده بتواند از خود دفاع بکند ، این حیوانات حیوانات ضاله محسوب نمی گردند ، زیرا غالباً حیواناتی که مملوك اشخاص است صاحبان آنها آنهارادرمراتع یا در کنار چشمه و یا رود خانه برای چرا یاآب خوردن رها می نمایند ، بدون اینکه در معیت آن هاحافظ

و نگهبانی باشد ، و اگر این حیوانات را ممکن بود ضاله محسوب کنند ، هیچ کس نمی توانست بفراغت خیال حشم خود را در چراگاهی رها نماید ، و همچنین حیواناتی را که قدرت دفاع از خود دارند و میتوانند از حملات حیوانات درنده مدافعه کنند صاحبان آنها بدون مستحفظ رها مینمایند و این حیوانات ضاله محسوب نمیشوند و لو اینکه درخارج از چراگاه یافت شوند .

۱۷۸ - بطوری که قبلا هم مذکور شد حیوانات ضاله جزو اموالی نیست که بتوان آنرا به حیازت تملك نمود ، و اگر احکام راجعه بآن در ذیل این عنوان ذکر شده است فقط منباب این است که حیوانات مزبور هم از جمله اموال مفقوده می باشند که کسی آن را پیدا می نماید ، منتهای مراتب بر عکس سایر اموال پیدا شده پیدا کننده حق تملك آن را ندارد ، چنان که مطابق ماده ۱۷۱ « هر کس حیوان ضاله پیدا نماید باید آنرا به مالك آن رد کند و اگر مالك را نشناسد باید بحاکم یا قائم مقام او تسلیم کند و الا ضامن خواهد بود اگر چه آن را بعد از تصرف رها کرده باشد . »

۱۷۹ - بموجب ماده ۱۷۲ مخارج نگاهداری حیوانات ضاله که پیدا می شوند ، بعهده مالك است ، ولی مشروط بر این که ، هر گاه حیوانات مزبوره در نقاط مسکونه یافت شوند ، پیدا کننده فوراً به حاکم یا قائم مقام او تسلیم کند ، و اگر با دسترسی بحاکم و یا قائم مقام او تسلیم ننماید حق نخواهد داشت که از مالك مخارج نگاهداری آنرا مطالبه نماید ، و هر گاه حیوان ضاله در نقاط غیر مسکونه یافت شود تحمیل مخارج بعهده مالك وقتی ممکن است که پیدا کننده از آن انتفاعی نبرده باشد و الامخارج نگاهداری با منافع حاصله احتساب میگردد ، و پیدا کننده یا مالك فقط برای بقیه حق رجوع بیك دیگر را خواهند داشت ــ مثلا اگر کسی مال بار کشی در نقطه‌غیر مسکونی پیدا نماید و آنرا کرایه بدهد باید در موقع پیداشدن مالك آن ، منافع حاصله از کرایه را با مخارج نگاهداری آن حیوان حساب نماید ، و درصورت زیادتی منافع ، مازاد را بمالك رد ، و در صورت زیادتی مخارج ، مابقیرا از مالك مطالبه نماید.

مبحث سوم

در دفینه

۱۸۰ - مادهٔ ۱۷۳ قانون مدنی دفینه را از نقطه نظر قانونی بطریق ذیل تعریف نموده است : « دفینه مالی است که در زمین یا بنائی دفن شدهٔ و بر حسب اتفاق و تصادف پیدا میشود »

مطابق تعریف فوق برای این‌که مالی‌دفینه محسوب‌شود بایدداراي شرایط ذیل‌باشد :

اولا - در زمین یا بنائی دفن شده‌باشد یعنی باید بدست انسان مخفی شدهٔ باشد - بنا بر این مالی که در زیر زمین پیدا شود و در آنجا مدفون نشدهٔ باشد (مثلا - سنگی که از آسمان افتادهٔ و بزمین فرو رفته باشد) دفینه محسوب نمیگردد .

ثانیاً - بر حسب تصادف و اتفاق پیدا شدهٔ باشد پس اموال و اشیائی که در نتیجه تفتیشات و کاوشهای مخصوصی برای پیدا کردن آن ها کشف می شود مثل اشیاء عتیقه و زیر خاکی دفینه‌قانونی محسوب نمیگردد ،

۱۸۱ - برای اینکه مالی دفینه محسوب شود بایستی بعلاوهٔ دو شرط فوق وجود شرط سومی نیز قید شدهٔ باشد و آن عبارت است از این که مال مزبور مالك معلوم نداشته باشد .

گر چه وجود این شرط‌از مادهٔ ۱۷٤ که بموجب آن « دفینهٔ که مالك آن معلوم نباشد ملك کسی است که آنرا پیدا کرده است » استنباط میگردد ولی چون در تعریف مذکور در مادهٔ ۱۷۳ این شرط قید نشدهٔ است دیگر نمیتوان اموالیرا که مدفون بودهٔ و بر حسب اتفاق و تصادف پیدا میشوند ، ولی مالك معینی هم دارند ، دفینه محسوب ننمود ، و حال آنکه عرفاً مشکل است باین قبیل اموال اطلاق دفینه شود ، زیرا که غالباً دردهات وایلات مردم‌اموال‌ذیقیمت خود را در زیر خاك پنهان مینمایند ، مثل اینکه در شهر ها توی صندوق آهنین میگذارند - و مخصوصاً این‌عملیات در ازمنه قدیمه که امنیت کاملی بر قرار نبود ، فوق‌العادهٔ معمول بودهٔ است ، و یا اقدام باین امر ، مالك آن اموال بهیچوجه قصد اعراض از حق مالکیت خود نداشته‌بلکه حق مزبور را بطریق‌اکمل بموقع اعمال میگذارد بدیهی است که در صورت پیدا شدن این قبیل اموال حق خواهد

داشت که آنرا مطالبه‌ودریافت دارد .

۱۸۲ — دفینه ممکن است در ملك واجد کشف شود یا در اراضی مباحه یا بالاخره در ملك غیر .

در دو صورت اولی ، دفینه مال کسی است که آنرا پیدا مینماید و در صورت‌اخیر نیز دفینه تعلق دارد بواجد، مگر اینکه مالك زمین مدعی‌مالکیت شده و این ادعای خود را ثابت کند که در اینصورت بمدعی مـالکیت تعلق می گیرد چنانکه ماده ۱۷۵ مقرر میدارد « اگر کسی در ملك غیر دفینه پیدا نماید باید بمالك اطلاع دهد اگرمالك زمین مدعی مالکیت دفینه شد و آنرا ثابت کرد دفینه‌بمدعی مالکیت تعلق میگیرد » پس کسیکه در ملك غیر کشف دفینه مینماید باید قبل از تملك بمالك ملك اطلاع دهد و اگر مالك زمین مدعی مالکیت دفینه هم بشود باید ادعای خود را ثابت نماید . راست است که مطابق اصول کلی و بمفاد البینة المدعی هر مدعی باید صحت ادعای خود را ثابت کندولی آیا در این مورد بخصوص مقتضی آنست که مالك زمین جنبه مدعی کریرا احراز نمودد و کاشف مدعی علیه واقعشود؟ و یا نظر باینکه مالك زمین‌تبعاً باید مالك دفائن مکشوفه در آن نیز تصور گردد ، زحمت اثبات باید بعهده کاشف باشد؟ بعبارة اخری کاشف مدعی و مالك زمین مدعی علیه تشخیص‌شود .

البته با صراحت ماده ۱۷۵ اشاره باین اشکال بیمورد است ولی‌از نقطه نظر انتقاد همین ماده بدیهی ‌است که چون ظواهر امر بر له مالك زمین بوده و برای مالکیت او نسبت بدفینه قرینهٔ موجود است بنا بر این بایستی‌کاشف مدعی ومالك مدعی‌علیه بوده واز او بهیچوجه دلیل مالکیت دفینه خواسته نشده باشد .

در هر حال دفینه بطور کلی متعلق بکسی است که آن را پیدا مینمایـد مگر در مورد ماده ۱۷۵ . و چون احکام دفینه در ذیل‌عنوان حیازت مباحات قید شده است،لذا باید در این موضوع حیازترا از معنی خاص خود که عبارت از تصرف و وضع ید باشد منحرف نمود و معنی دیگری برای آن قائل گردید، بعبارت اخری باید گفته شود که حیازت دفینه عبارت است از کشف آن نه وضع ید و تصرف‌چه ، اگر غیر از این باشد بایستی گفته شود که دفینه مال کسی است که‌آنرا تصرف مینماید واو اینکه دیگری آنرا کشف کرده باشد .

۱۸۳ – جواهری که از دریا استخراج بشود ملك کسی است که آنرا استخراج کرده باشد، و همچنین اموالی که آن را آب به ساحل می اندازد ملك کسی است که آنرا حیازت می نماید، چه اموال مزبوره هم مالك خاصی نداشته و جزو مباحات است که هر کسی آنرا تصرف نماید مالك آن میشود (مادهٔ ۱۷۷)

۱۸۴ – در دریا ممکن است اشیائی موجود باشد که مالك خاص دارد مثل اموالی که غرق شده باشد، در این صورت ممکن است که مالك از آن اعراض نموده ویا هنوز اعراض نکرده باشد، در صورت اولی آن اموال مال کسی خواهد بود که آن را بیرون آورده و در صورت دوم متعلق بمالك است (مادهٔ ۱۷۸)

مبحث چهارم

در شکار

۱۸۵ – شکار کردن عبارت است از اینکه حیوانی را که بطور آزادی در روی زمین یا در آب و یا در هوا زندگی مینماید کشته یازنده بگیرند .

مطابق مادهٔ ۱۷۹ قانون مدنی « شکار کردن موجب تملك است » چه حیازت حیوانات حاصل میشود بموجب شکار. ولی بدیهی است که فقط حیواناتی را به شکار می توان تملك نمود که مملوك کسی نباشد؛ وچون غالباً بلکه همیشه حیوانات اهلی مملوك اشخاص است، لذا آنها را نمیتوان بشکار کردن تملك نمود .

۱۸۶ – همین اصل که در مورد حیوانات اهلی اتخاذ شده است باید درمورد حیواناتیکه در آن علامت مالکیت موجود بوده و حکایت از وجود مالکی می نماید بطریق اولی مجری کردد، چنانکه مادهٔ ۱۸۰ مقرر میدارد « شکار حیوانات اهلی و حیوانات دیگری که علامت مالکیت در آن باشد موجب تملك نمیشود »

علامت مالکیت که در حیوانات غیر اهلی ممکن است یافت شود مختلف است مثلا ممکن است طوقه یا زنجیر و یاغیر آنها باشد .

در هر حال همین که در یك حیوان غیر اهلی علامت مالکیت دیده شود آن حیوان را نمیتوان بشکار تملك نمود.

۱۸۷ – همانطور که حیازت سایر مباحات باید بارعایت قوانین و نظامات مربوطه

بانها بعمل آید ، در مورد شکار نیز باید نظامات مخصوصه آن رعایت شود و ماده ۱۸۲ این معنی را تصریح کرده و می گوید « مقررات دیگر راجع بشکار بموجب نظامنامه مخصوصه معین خواهد شد »

۱۸۸ - از مطالب فوق معلوم میشود که بطور کلی دو قسم حیوان موجود است : حیوانات وحشی و حیوانات اهلی .

حیوانات وحشی را بوسیله شکار کردن می توان تملك نمود، ولی حیوانات اهلی مثل سایر اموال منقوله بوده و آن ها را نمیتوان تملك کرد مگر با ناقل قانونی، ولی بین این دو قسم حیوان قسم سومی نیز می توان تصور نمود که نه وحشی وحشی است و نه اهلی اهلی ، مثل کبوتر و یازنبور عسل

گرچه حیوانات مزبوره عادتاً از حیوانات وحشی محسوب می‌شوند ، ولی برای تملك آنها علاوه بر شکار طرز خاص دیگری موجود است ، که عبارت از یك نوع حیازت میباشد ، و آن جمع شدن خود حیوانات است در کندوی عسل و یا در برج کبوتر . چنانکه مطابق ماده ۱۸۱ قانون مدنی « اگر کسی کندو و یا محلی برای زنبور عسل تهیه کند زنبور و عسلی که در آن جمع می شوند ملك آن شخص است همینطور است حکم کبوتر که در برج کبوتر جمع شود »

در موضوع زنبور عسل که در کندو و یا کبوتری که در برج جمع میشوند ، ممکن است اشکال شود که آیا تملك آن ها در نتیجه حیازت غیر مستقیمی است که از جمع شدن آن ها در کندو و یا در برج حاصل میشود ، و یا بر عکس تملك آن ها به اعتبار تبعیت زمینی است که کندو و یابرج در آن جاساخته شده است .

ممکن است در مقابل این اشکال ایراد شود که بالاخره گرد آمدن این حیوانات در محل معینی موجب تملك آن ها می شود، اعم از اینکه این تملك در نتیجه حیازت مستقیم یا غیر مستقیم باشد و یا در نتیجه تبعیت ملك و بنا بر این اشکال مزبوره خالی از اهمیت خواهد بود .

ایراد فوق اشکال مزبور را مرتفع نکرده و اهمیت اشکال بجای خودباقی است. زیرا که اگر تملك زنبور عسل و یا کبوتر در نتیجه حیازت باشد در موقع فروش

ملکی که کندو ویا برج در آن واقع است زنبور و یا کبوتر ها جزو مبیع نخواهند بود مگر این که درعقد تصریح شده باشد ، و برعکس اگر تملك آنها باعتبار تبعیت مالك باشد، در موقع بیع ملك ، آنها نیز جزو مبیع خواهند بود مگر اینکه خروج آن در عقد تصریح شده باشد .

مطابق عرف و عادت کندوی عسل و زنبور های متعلق بان و همچنین برج کبوتر و کبوترهای آن از توابع ملك محسوب و داخل در مبیع میشود اگرچه دخول آن تصریح نشده باشد و بنا براین باید اذعان نمود که تملك این حیوانات در نتیجه تبعیت ملك است ونه درنتیجه حیازت .

قسمت دوم

در تبعیت مملوك

۱۸۹ — بطوریکه سابقاً مذکور شد این سبب از اسباب تملك درقانون مدنی عنوان خاصی ندارد ولی از پارهٔ مواد آن استنباط میشود که این سبب نیز موجود بوده وبهمین جهت ما این سبب را باسباب مذکوره در مادهٔ ۱٤۰ اضافه نمودیم.

تملکی که در نتیجه تبعیت مالی حاصل میشود ، یا باعتبار این است که منافع یا محصول آن مال است ویا باعتبار اینست که جزو آن مال است ، وجزو بودن هم یا درنتیجه این است که مالی طبعاً جزو مال دیگری است ، مثل معدن که طبعا جزو وتابع زمینی است که درآنجا واقع شده است ، ویادرنتیجه عمل انسان است ، و بعبارة اخری مصنوعاً جزو آن‌شده است ، مثل درختی که درزمین کاشته شده باشد .

۱۹۰ — درمورد محصول زمین مادهٔ ۳۳ قانون مدنی چنین مقرر میدارد « نما و محصولی که اززمین حاصل میشود مال مالك زمین است چه بخودی خود روئیده باشد یا بواسطه عملیات مالك »

محصول عبارتست از منافع و فوائد زمین — ونما اعم از محصول استوبطور کلی منافع حاصله از مالی را میتوان بسه شعبه تقسیم نمود : منافع طبیعی — منافع مصنوعی — منافع عهدی.

۱۹۱ — منافع طبیعی آنست که‌بدون عمل انسان و بخودی خود ازشیئی‌حاصل میشود مثل علف چمن زار ها ویا درخت جنگل ها .

۱۹۲ - منافع مصنوعی منافعی است که در نتیجه عمل ویا صنعت انسان حاصل میشود مثل محصول زراعت .

۱۹۳ - منافع عهدی منافعی است که مستقیماً ازخود مال حاصل نمیشود ولی باعتبار آن مال و غالباً در نتیجه عقدی حاصل میگردد مثل مال الاجاره خانه و امثال آن.

۱۹٤ - برای منافع ممکن است تقسیمات دیگری نیز قائل شد مثل منافع متصل یا منفصل ومنافع عینیه یا حکمیه .

نما وقتی متصل است که هنوز از مالی که آنرا تولید میکند جدا نشده باشد مثل گندمی که درونشده‌است - ووقتی منفصل‌است که از آن مال جدا شده باشد مثل شیریکه دوشیده ویا پشمی که چیده شده است .

۱۹۵ - منافع عینیه منافعی را میگویند که عین باشد یعنی وجود خارجی داشته و قابل تلمس باشد مثل گندم حاصل از زمین و امثال آن و منافع حکمیه منافعی است که قابل تلمس نبوده و درحکم منفعت باشد مثل حق سکونت درخانه .

۱۹٦ - در هرحال، منافع هرمال، اعم ازاینکه طبیعی باشد یا مصنوعی ویا عهدی‌و اعم از اینکه متصل باشد یا منفصل و عینی باشد یا حکمی، مال مالك آن مال است مگر اینکه قانون یا قرارداد بین اشخاص طور دیگری مقرر داشته باشد . چنانکه در مورد نما و حاصل زمین مادهٔ ۳۳ مذکور فوق استثنائی قائل شده است : چه بعد از اتخاذ اصل کلی که بموجب آن نمای زمین را مالك مالك زمین قرار میدهد فورا اضافه می نماید «مگر اینکه نما یا حاصل از اصله یا حبه غیر حاصل شده باشد که در این صورت درخت و محصول مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود اگرچه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد» و این قسمت اخیر ماده در حقیقت همان‌حکم الزرع‌للزارع‌ولوکان‌غاصبا را بیان‌ می‌کند.

این استثناء ظاهراً با حکم کلی که در صدر مادهٔ برقرار شده است مخالف بنظر می‌آید ، و بدیهی است که معنی استثناء مخالف‌بودن‌آن با حکم کلی‌است ولی‌اگر تدقیق‌شود ملاحظه خواهد شد که خود این استثناء هم تا اندازهٔ نتیجه حکم کلی است ، زیرا همان طوریکه محصول زمین‌باعتبار اینکه از منافع محسوب است ، مال مالك زمین میشود ، همان

طور محصول حاصل از حبه غیرهم، باید باعتبار اینکه از توابع و منافع آن حبه است، مال صاحب حبه محسوب گردد .

۱۹۷ - در نتیجه اصل مزبور فوق مادهٔ ۳٤ مقرر میدارد « نتاج حیوانات در ملکیت تابع مادر است و هر کس مالك مادر شد مالك نتاج آن هم خواهد شد » و این خود بدیهی است که نتاج حیوانات باید از حیث ملکیت تابع مادر باشد نه تابع پدر . زیرا که نتاج متولد از مادر است، وقبل‌ازولادت، نماء متصل ، و بعد از آن ، نماء منفصل محسوب میشود .

نسبت بسایر اموالی که به تبعیت مال دیگر متعلق بمالك آن مال میشود ، مواد ۳۸ و ۳۹ و ۹٦ قانون مدنی مقرراتی اتخاذ نموده است که ذیلا تشریح می شود .

۱۹۸ - مطابق مادهٔ ۳۸ « مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آنست‌تا هر کجا بالا رود و همچنین است نسبت بزیر زمین و بالجمله مالك حق همه گونه‌تصرف در هوا و قرار دارد مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد »

۱۹۹ - مطابق مادهٔ ۳۹ « هر بنا و درخت که‌در روی زمین است و همچنین هر بنا و حفری که درزیر زمین است ملك‌مالك‌آن زمین محسوب میشود مگر این که خلاف آن ثابت شود »

۲۰۰ - نظر بدو مادهٔ فوق ، مالك زمین هم مالك روی زمین و هم مالك‌زیر آنست و در هوا یا قرار آن یعنی در فضای محاذی زمین و در اعماق آن میتواند همه قسم تصرف کند .

مالکیت روی زمین منحصر بمالکیت سطح زمین نبودهٔ بلکه مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هر کجا که بالا برود، بنا بر این نه فقط مالك سطح زمین حق دارد در روی زمین خود عمارتی بهر بلندی که بخواهد درست کند ، و یا هر تصرف دیگری که ممکن باشد بنماید ، بلکه کلیه درخت و عمارت موجودهٔ در روی زمین محکوم بملکیت او است مگر اینکه عکس آن ثابت شود . و حتی ممکن است در نتیجه تسلط تامی که هر مالك نسبت بما یملك خود دارد ، باو حق دادهٔ شود که در فضای محاذی زمین خود از عبور طیارهٔ ها مثلا جلو گیری کند ، ولی بدیهی است در موارد اصطکاك بین

منافع عمومی و منافع خصوصی ممکن است حق مالکیت تحدید شود ، چنانکه گفته شده است (الضرورات تبیح المحظورات) لیکن این قبیل تحدیدات باید بموجب قانون بعمل آید .

مالکیت زیر زمین هم مستلزم مالکیت اعماق آن است تاهر کجا که پائین برود. بنا بر این کلیه ثروت های طبیعی از قبیل معادن و غیره که در زیر زمین واقع است مالک کسی است که مالك سطح زمین میباشد . چنانکه ماده ۱۶۱ قانون مدنی مقرر میدارد « معدنی که در زمین کسی واقع شده باشد ملك صاحب زمین است و استخراج ان تابع قوانین مخصوصه خواهد بود » البته بدیهی است استخراج معادن باید طوری بعمل آید که منافع عمومی مملکت محفوظ بماند زیرا که معادن یك قسمت عمده ثروت مملکت را تشکیل میدهد و استخراج ان باید مطابق ترتیبات خاصی باشد. وباین جهت است که ماده مزبوره اضافه نموده «استخراج ان تابع قوانین مخصوصه خواهد بود»

قوانین راجع به استخراج معادن از مباحث حقوق مدنی خارج و مربوط بحقوق اداری است

۲۰۱ - بالاخره ماده ۹۶ قانون مدنی میگوید « چشمه واقع در زیر زمین کسی محکوم بملکیت صاحب زمین است مگر اینکه دیگری نسبت بان چشمه عیناً یا انتفاعاً حقی داشته باشد »

قسمت سوم

در عقود و معاملات و الزامات

باب اول

در عقود و تعهدات بطور کلی

فصل اول

در کلیات

۲۰۲ ـ سبب سوم از اسباب تملك عبارت است از عقود، و مطابق مادهٔ ۱۸۳ «عقد عبارت است از اینکه یك یا چند نفر در مقابل یك یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول انها باشد»

۲۰۳ ـ تعهد رابطه حقوقی را گویند که بموجب آن یکنفر در مقابل شخص دیگر عهده دار میشود که یك چیزی بدهد یا امری را بعمل آوردهٔ و یا از انجام امری خود داری کند.

برای فهم موضوع تعهدات لازمست متذکر گردیم که از نقطه نظر حقوق مدنی اشخاص میتوانند دو قسم حق داشته باشند: حق مالی وحق غیر مالی.

۲۰۴ ـ حق مالی آنست که اجرای آن برای انسان ایجاد نفع مالی یعنی حقی که بتوان آنرا بپول تقویم نمود بنماید، و حقوق‌غیر مالی حقوقی‌است که قابل‌تقویم‌بپول نبودهٔ و برای انسان مستقیماً تولیدنفع مالی نمینماید.

حقوق غیر مالی مربوط به احوال اشخاص است و مقصود مقنن از ایجاد آنها تأمین منافع معنوی بودهٔ و نه تامین منافع مادی، مثل حق ابوت و یا حق زوجیت.

راست است که سمت ابوت یازوجیت ممکن است بطور غیر مستقیم مستلزم منافع مادی هم باشد مثل حق وراثت، ولی قطع نظر از نتایج مالی غیر مستقیم که از حقوق مزبورهٔ ممکن است تولید شود، خود آن حقوق قابل تقویم به وجه نمیباشد، و بر عکس موضوع مستقیم حقوق مالی یك نفع اقتصادی و قابل تقویم بهپول است، و صاحبان حقوق مزبورهٔ میتوانند در حدود قانون و در تحت حمایت آن انتفاعاتی را که

ممکن است از اشیاء تحصیل نمود کـلا یا جزأ تحصیل نمایند و یا از اشخاص دیگری اجرای اموریرا که برای ذوی‌الحقوق منافع مادی دارد تقاضا کنند .

بطوری که سابقاً گفتیم حقوق مالی که ممکن است یکنفر داشته باشد گاهی عینی است وگاهی ذمی .

حقوق عینی باشخاص حق میدهد که مستقیماً بر شیئی مسلط باشند ، و بر عکس حقوق ذمی یا دینی باشخاص حق میدهد که از شخص دیگری دادن شیئی و یا انجام و یا خود داری از انجام امری را تقاضا نمایند ، و تعهد از این قسم اخیر از حقوق ناشی میشود . و در حقیقت تعهد نقطه مقابل حقوق عینیه است که هر گاه از نقطه نظر متعهد ملاحظه گردد برای او ایجاد دین و هر گاه از نقطه نظر متعهدله ملاحظه‌شود برای اوایجـاد حق یا طلبی مینماید .

۲۰۵ - برای وجود هر تعهدی عناصر ذیل لازم است :

اولا ــ دو طرف که تعهد بین آنها موجود باشدیکی متعهدله یعنی داین(بمعنی اعم) و دیگری متعهدیعنی مدیون .

ثانیاً ــ بین این دو نفر یك رابطه حقوقی باشد که بموجب آن مدیون قانوناًذمه دار باشد چیزیرا که مدیون است انجام‌دهد .

ثالثاً موضوع تعهد یعنی آن شیئی که متعهد ذمه دار آن میباشد

شیئی که موضوع تعهد است ممکن است مختلف باشد بطوری که میتوان آنرا در تحت سه عنوان ذکر نمود :

۱ ــ دادن شیئی ، یعنی نقل مالکیت چیزی بر دیگری ، مثل اینکه کسی‌متعهد میشود که مالکیت خانه یا اسبی را بدیگری منتقل‌کند .

ب ــ کردن عملی ، یعنی تعهد بر آن که شخصی درمقابل دیگری امریرا انجام دهد مثل اجیری که متعهد انجام امری‌میشود .

ج - نکردن ، یعنی تعهد بر این کهاز انجام امری خود داری شود مثل تعهدی که کسی در ضمن خرید یکخانه مینماید بر اینکه دیوار خانه رابالا نبرد .

امریراکه موجب تولید تعهدمیشود منشأ آن تعهد میگویند مثلا منشأ تعهدی که به موجب آن باید بایع مبیعرا بتصرف مشتری‌بدهد ، عقد بیع است . در این صورت منشأتعهد

معامله ایست که طوعاً بین متعهد ومتعهدله واقعشده است - و گاهی هم میشود کهمدیون بدون اراده خود یعنی بدون اینکه طوعاً قرار دادی بین او و داین واقعشده باشد ، ملزم بامری می شود . در این صورت بجای تعهد الزام می گویند و همین‌دو منبع اصلی است که قانون مدنی در تحت عنوان قسمت دوم بعبارت « عقود و معاملات و الزامات » ذکر نموده است

فصل دوم

در اقسام عقود و معاملات

۲۰۶ - مطابق مادهٔ ۱۸٤ « عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم میشود : لازم جایز - خیاری - منجز - معلق »

۲۰۷ - عقد لازم آن است که هیچیك از طرفین معامله حق فسخ آنرانداشته باشد مگر در موارد معینه (مادهٔ ۱۸۵) مثلا وقتی که بین دو نفر عقد بیعی واقعشد بایع و مشتری حق ندارندکه این عقد را بمیل خود فسخ کنند ، بلکه مطابق قانون موارد خاصی موجود است که فقط در آن صورت ممکن است طرفین یایکی ازآنها عقد بیع را فسخ کند وبنابر این عقد بیع عقدی است لازم .

۲۰۸ - برعکس عقد جائز آن است که هریك از طرفین بتواند هروقتی که بخواهد آن را فسخ کند (مادهٔ ۱۸٦) مثلا وقتی که یکنفر برای انجام امری به دیگری وکالت میدهد هم موکل یعنی کسی که وکالت میدهد میتواند هروقت بخواهدوکیل را از وکالت معزول کند ، و هم وکیل میتواند هروقت بخواهد استعفا داده و بدین وسیله عقد وکالت رافسخ نماید .

چون هرکس باید تعهد حاصل در نتیجه عقد را اجرا نماید، و حق ندارد که بدون مرجب قانونی از ایفاء بعهد خود امتناع کند، لذا لازم بودن کلیه عقود اصل و جایز بودن آن استثنائی میباشد و این ترتیب عبارت از همان اصلی است که اصل‌اصالةـ اللزوم می گویند بنا بر این فقط عقودی باید جایز محسوب شود که جواز آن را قانون تصریح کرده باشد .

۲۰۹ - عقد ممکن است نسبت به یك طرف لازم باشد و نسبت بطرف‌دیگر

جائز (مادهٔ ۱۸۷) مثلا عقدی که بموجب آن کسی در مقابل قرض مالی را برهن میگذارد ، نسبت براهن لازم و نسبت بمرتهن جائز است ، یعنی راهن نمیتواند آنرا هر وقت که بخواهد برهم زند ، بلکه باید دین خود را بپردازد تا بتواند عقد منعقد رافسخ و مال مرهون را پس بگیرد ، وبرعکس مرتهن میتواند هروقت که بخواهد عقد رهن را فسخ کرده ، و مال مرهون را براهن پس بدهد ، اگر چه هنوز طلب خود را که برای وثیقه آن رهن واقع شده بود وصول نکرده باشد .

۲۱۰ ـ عقد خیاری آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیار فسخ باشد (مادهٔ ۱۸۸) عقد خیاری در واقع یکی از تقسیمات عقود لازمه است زیرا در عقود جایزه که اساساً قابل فسخ میباشد ، همیشه برای طرفین اختیار فسخ موجود است . وبنابر این عقود مزبوره در حقیقت همه وقت خیاری میباشد ، وبرعکس درعقد لازم اساساً برای طرفین اختیار فسخ موجود نیست و باید برای خیاری بودن آن اختیار فسخ شرط شود تاعقد خیاری گردد ، مثلاعقد بیع شرط که بموجب آن ببایع حق داده میشود که هر گاه در ظرف مُدت معینی مثل مال المبایعه را بمشتری بدهد بیع رافسخ نماید، عقد لازم خیاری است .

۲۱۱ ـ عقد منجز آن است که تاثیر آن بر حسب انشاء موقوف بامردیگری نباشد مثلا عقد بیع که بموجب آن مشتری پس از توافق بابایع در مبیع و ثمن آن وایجاب و قبول مالك مبیع میشود عقد منجز است .

۲۱۲ ـ عقد معلق آنست که اثرات آن موقوف بامر دیگری باشد مثل عقد وصیت که حسب الانشاء اثرات آن موقوف است بمردن موصی واین عقدممکن نیست تولیداثر نماید مگر اینکه این امر واقع گردد یعنی وصیت کننده وفات کند .

۲۱۳ ـ برای عقود ممکن است تقسیمات دیگری هم قائل شد ولی چون درقانون مدنی اسمی از آن برده نشده است ماهم آنرا فقط منباب مثل ذکر میکنیم :

ممکن است عقود معوض و غیر معوض باشد .

عقد وقتی معوض است که هریك از طرفین معامله درمقابل چیزی که میدهد و یا امری که انجام مینماید نفعی که ثمن یا بمنزله ثمن است باو عاید شود ، مثل عقدبیع که بموجب آن بایع مبیع را در عوض ثمنی که میگیرد واگذار مینماید .

و بر عکس وقتی عقد غیر معوض است که یکی از طرفین چیزی بدهد یا امری انجام نماید بدون این‌که درمقابل از طرف نفعی به او عاید گردد مثل هبه و صلح بلا عوض .

فصل سوم

در شرایط اساسی برای صحت معامله

۲۱٤ ـ مطابق مادهٔ ۱۹۰ « برای صحت هرمعامله شرایط ذیل اساسی‌است :
۱) قصد طرفین و رضای آنها ـ ۲) اهلیت طرفین ـ ۳) موضوع معینی که مورد معامله باشد ـ ٤) مشروعیت جهت معامله »

شرایطمزبورهٔ فوق اساسی است ، یعنی هر کدام از آنها نباشد موجب اختلال ارکان عقد بوده و مثل این است که عقد واقع نشده باشد. بعبارة اخری نبودن هر یك از شرایط چهارگانه فوق موجب عدم صحت عقد است .

عقودی که صحیحاً واقع میشود تام الارکان بوده و تمام اثراتی را که قانوناً مترتب بر آن است تولید می‌نماید. و بر عکس عقود غیر صحیح نمی تواند اثرات قانونی خود را تولید کند .

عدم صحت عقد ممکن است دو قسم باشد باینمعنی که عقد ممکن است باطل باشد یا غیر نافذ .

۲۱۵ ـ عقد باطل آن است که بواسطه موجود نبودن یکی از ارکان‌اساسی که لازمه وجود آنست واقع نشده باشد ، و چنین عقدی ، اگر بشود تصور کرد، بنظر قانون وجود خارجی ندارد . مثلا یکی از ارکان صحت عقد که لازمه وجود آنست قصد متعاقدین است، بدیهی است که در صورت نبودن قصد ممکن نیست عقد واقع شود بنابراین کسیکه بواسطه بیهوشی مثلا فاقد قصد بوده است نمیتواند عقد واقع سازد و هر معاملهٔ که در آن حال بکند باطل و کالعدم است. چنانچه بموجب مادهٔ ۱۹۵ « اگر کسی‌درحال‌مستی یا بیهوشی یادر خواب معامله نماید آن معامله بواسطه فقدان قصد باطل است »

۲۱٦ ـ عقد غیر نافذ آن است که درارکان صحت‌آن‌خللی نبوده ولی بواسطه علتی که در آن موجود است نافذ نمیباشد یعنی ترتیب اثر بآن داده نمیشود مگر وقتیکه آن علت رفع شود . مثل عقدی که بواسطه مکره واقع میشود . این عقد باطل نیست‌ولی

غیر نافذ است یعنی وجود خارجی دارد ولی اثری بر آن مترتب نمیشود مگر وقتیکه مکره بعد از زوال اکراه آن را تنفیذ کند .

۲۱۷ ـ صفات ممیزهٔ که ممکن است برای عقود باطله قائل گردید ازقرار ذیل است:

اول ـ برای اعلام بطلان عقد باطل دخالت قوه قضائیه لازم نیست ، زیرا که دخالت قوه قضائیه باید برای ابطال عقد بعمل اید و ابطال چیزی که از روز اول باطل بوده است منطقی نیست و چنان که مرده را نمی شود کشت همین طور باطل را هم نمی شود ابطال نمود .

راست است که در صورت اختلاف بین دونفر راجع باین که عقد صحیحاً واقع شده است یا نه قوه قضائیه برای رفع اختلاف دخالت خواهد کرد ، ولی این دخالت نه برای ابطال عقد است بلکه برای اعلان بطلان آن خواهد بود .

ثانیاً ـ بعقد باطل هیچ اثری مترتب نمیگردد ، زیرا چگونه ممکن است ازهیچ یعنی چیزی که وجود ندارد ، چیزی تولید شود .

ثالثاً ـ عقود باطله را نمیتوان بااجازه لاحق تنفیذ نمود زیرا که تنفیذ امرغیر موجود معقول نمی باشد . مثلا معاملهٔ که آنرا صغیر واقع نموده باشد باطل است وولی صغیر وحتی خود صغیر بعد از رسیدن بسن بلوغ هم ، نمیتواند آنرا تنفیذ نماید .

صفت ممیز عقد غیر نافذ آنست که بااجازه و تنفیذ لاحق معتبر گشته و کلیه اثراتی را که قانوناً باید مترتب بر آن باشد تولید میکند ، واین اثرات نه فقط از روز اجازه بلکه از روز عقد تولید خواهد شد . چنانچه در مورد معامله فضولی یعنی معامله راجعه بمال غیر اجازه از روز عقد مؤثر بوده و مطابق ماده ۲۵۸ منافع مال مزبوره پس از اجازه از روز عقد متعلق بطرف خواهد بود . پس عقد باطل را میتوان به مرده تشبیه نمود و چنانکه میت را نمی شود زنده کرد عقد باطل را هم نمیتوان صحیح نمود و بر عکس عقد غیر نافذ را میتوان بمریض تشبیه نمود که بامعالجه ممکن است سالم شود .

در هرحال برای صحت عقد شرایط اساسی مزبوره فوق لازم است وبایدهریك از شرایط مزبوره را یك بیك بیان کنیم .

مبحث اول
در قصد طرفین و رضای آنها

۲۱۸ - اس اساس هر عقد عبارت است از قصد ناشی از طرف یا اطراف معامله یعنی ناشی از شخص یا اشخاصی که در آن معامله شرکت دارند . واین قصد باید مقرون به چیزی باشد که دلالت بر وجود آن کند . بعبارت اخری باید بوسیله لفظ یافعل تبین‌شود چنانکه مادهٔ ۱۹۱ مقرر میدارد « عقد محقق میشود بقصد انشاء بشرط مقرون بودن بچیزی که دلالت برقصد کند »

۲۱۹ - اموری که دلالت بر قصد مینماید متفاوت است یعنی نسبت بهر موردی امری ممکن است دال برقصد باشد . مثلا چیزی که عادتاً ومعمولا کاشف از قصد میباشد تلفظ است ولی ممکن است که برای متعاقدین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد ، مثل این که هر دو یا یکی از آنها لال باشد ، در این صورت مطابق مادهٔ ۱۹۲ اشارهٔ که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود .

۲۲۰ - و نیز ممکن است که طرفین معامله با وجود امکان حرف زدن قصد خود را بعوض لفظ بعمل بیان کنند ، چنانکه در زندگانی یومیه مردم لاینقطع اتفاق میافتد که با داد و ستد صرف معامله مینمایند ، مثلا غالب مردم همه روزه بدکان نانوائی رفته در مقابل مبلغی پول مقداری نان میخرند ، بدون اینکه خریدار یا فروشندهٔ قصد معامله خود را به الفاظ بیان کند - همین عمل داد وستد یعنی دادن پول و گرفتن نان خود کاشف از قصد بیع خواهد بود ، چنانکه مادهٔ ۱۹۳ در این موضوع مقرر میدارد « انشاء معامله ممکن است بوسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردیکه قانون استثناء کرده باشد » این قسم معاملات را معاملات معاطاتی می گویند.

البته بدیهی است که اگر برای یك عقد بخصوص قانون علاوه بر شرایط اساسی که بطور کلی برای صحت هر معامله معین شده است ، شرط الفاظ خاص نموده باشد ، در این صورت قبض و اقباض تنها کاشف از قصد نخواهد بود . چنانکه در آخر مادهٔ مزبوره اضافه شده است «مگر در مواردیکه قانون استثناء کرده باشد»

۲۲۱ - ابراز قصد معامله ممکن است مستقیماً بتوسط خود طرف یا اطراف معامله بعمل آید ، و یا بطور غیر مستقیم بوسیله کسی که وکالتا از طرف آنها اقدام می‌نمایند

همین معنی بموجب مادهٔ ۱۹۸ بطریق ذیل تصریح گشته :

« ممکن است طرفین یا یکی از آنها بوکالت از غیر اقدام بنماید و نیز ممکن است که یکنفر بوکالت از طرف متقاعدین این اقدام را بعمل آورد »

غالبا کسی که بوکالت از یك طرف یا بوکالت از طرفین معامله ، اقدامی می نماید وکیلی است که خود طرف یا طرفین معین می نمایند ، بعبارة اخری شخص مزبور در نتیجه عقد وکالت وکیل شده و نمایندگی او نمایندگی عهدی است ، ولی ممکن است کسی که بسمت نمایندگی از طرف متعاملین یا یکی از آنها اقدامی می کند در نتیجه عقد وکالت نمایندگی نداشته ، بلکه نمایندهٔ قانونی آن ها باشد ، مثل ولی که بنام صغیر معامله می نماید در این صورت عقد بوسیله نمایندهٔ قانونی واقع میگردد ، و بالاخره ممکن است کسی که بنام یکنفر امری را انجام میدهد نه نمایندهٔ عهدی و نه نمایندهٔ قانونی باشد بلکه فقط از طرف حاکم این نمایندگی را داشته باشد در این صورت نمایندهٔ قضائی خواهد بود . مثلا مطابق مادهٔ ۲۲۲ در صورت عدم ایفاء تعهد « حاکم میتواند بکسی که تعهد بنفع او شده است اجازه دهد که خود او عمل را انجام دهد و متخلف را به تادیه مخارج آن محکوم کند » در این صورت خود متعهدله نمایندهٔ قضائی متعهد خواهد بود .

کسی که بنام غیر معامله میکند خواه نمایندهٔ عهدی ، و خواه نمایندهٔ قانونی ، و خواه نمایندهٔ قضائی او باشد ، اگر در حدود اختیارات خود عمل کند ، مثل آن است که خود موکل یا شخصی که نماینده وقائم مقام او میباشد ، اقدام کرده است ، راست است که در عمل این اقدام بوسیله قصد و ارادهٔ نمایندهٔ انجام گرفته ، ولی از نقطه نظر حقوقی مثل این است که خود موکل کرده باشد ، و بنا بر این تمام نتایج عقد متوجه بشخص یا مال او بوده و این عقد نمیتواند نسبت بشخص یا مال نمایندهٔ بهیچوجه اثری تولید کند .

۲۲۲ — کسی که وکالتا یا بسمت نمایندگی عقدی را واقع می سازد باید آن را تصریح کند و الا آن عقد برای خود او محسوب میشود مگر اینکه خلاف آن ثابت شود . چنان که مادهٔ ۱۹۶ مقرر میدارد « کسی که معامله می کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح

نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود »

۲۲۳ ــ در هر حال واعم از اینکه عقد از طرف خود شخص باشد و یا نماینده او ، الفاظ و اشارات و اعمال دیگری که متعاملین بوسیله آن انشاء معامله مینمایند ، باید موافق باشد ، بنحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء آن را داشته است ، و الا معامله باطل خواهد بود (مادهٔ ۱۹۴)

۲۲۴ ــ الفاظ و اشاراتی را که بوسیله آن انشاء معامله میشود بطور کلی ایجاب و قبول می گویند چنان که در مادهٔ ۳۳۹ این دو کلمه بهمین معنی استعمال شده و بموجب آن « پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع بایجاب و قبول واقع می شود»

ایجاب یعنی انشائی که کسی برای واقع ساختن عقدی با شرایط معینه اظهار میدارد و قبول یعنی رضایتی که طرف دیگر برای قبول آن معامله بیان میکند وعقد واقع نمیشود مگر با توافق کامل ایجاب و قبول

بطوری که فوقاً مذکور شد غالباً ایجاب و قبول بوسیله الفاظ اظهار میشود ،ولی ممکن است که اشارات یا اعمال دیگری کاشف از ایجاب و قبول واقع شود ، ومخصوصاً قبول ضمنی که فقط عمل کاشف از آن است غالباً اتفاق میافتد ،مثل اینکه کسی بخواهد مالی را ودیعه بگذارد طرف آن را گرفته ونگاهدارد ، همین عمل گرفتن کاشف از قبول ضمنی عقد رهن خواهد بود .

۲۲۵ ــ در موضوع ایجاب وقبول قانون مدنی توافق الفاظ یا اشارات ویا اعمال دیگریرا که کاشف از آن میباشد تصریح نمودهٔ است ولی نسبت بتوافق وقت بهیچوجه اشارهٔ نشدهٔ است بر این که ایجاب و قبول باید مقارن هم واقع شود و یا ممکن است فاصله داشته باشد .

مقارن هم بودن ایجاب و قبول امری است بدیهی زیرا که طرفین معامله غالباً شرایط آنرا با در نظر گرفتن وقت معین مینمایند ، و غالباً اتفاق میافتد که مثلا کسی امروز مالی را با شرایط معینی خریدهٔ و یا میفروشد ، و حال آنکه شاید بعد از چند روز همان معامله رابا همان شرایط واقع نسازد بنا براین باید بین ایجاب و قبول فاصله موجود نباشد که بعلت زیاد بودن نتوان آنرا متوجه و معطوف بهم نمود

مادهٔ ۳۹۷ که بموجب آن خیار مجلس بر قرار شده و هر یك از متعاملین حق دارد که بعد از عقد و مادام که متفرق نشده‌اند بیع را فی‌المجلس فسخ کند مقارن بودن ایجاب و قبول را لا اقل در عقد بیع شرط مینماید والا ایجاد خیار مجلس موضوعی نمیتوانست داشته باشد .

فاصله بین ایجاب وقبول نبایدزیاد باشدولی تشخیص این‌میزان بسته به عرف و عادت است که با در نظر گرفتن نوع معامله و سایر کیفیات مربوط بان‌میزان فاصله راتشخیص میدهد ، مثلا بدیهی است در مورد عقودی که ممکن است بمکاتبه واقع‌شودفاصله‌بین‌ایجاب‌و قبول باید متناسب بان عقد باشد.

ایجاب و قبول نه فقط کاشف از قصد متعاملین است بلکه مبین رضای آنها هم‌می باشد و برای توضیح مطلب لازم است متذکر شویم که‌شرط اول از شرایط اساسی صحت عقد قصد تنها نیست بلکه کسی که معامله می کند باید هم‌قاصد و هم راضی باشدمنتهای مراتب موجود نبودن قصد و یا اگر ممکن بود قصد معلولی تصور کرد معلول بودن‌آن موجب بطلان عقدو معلول بودن رضا موجب عدم نفوذ عقد میشود.

۲۲۶ ـ موجبات معلول بودن رضا عبارت از دو امر است که بموجب مادهٔ ۱۹۹ تصریح شده است چه مطابق مادهٔ مزبور « رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست »

از عبارت این مادهٔ هم معلوم میشود که اشتباه و اکراه موجب معلول بودن رضا میشود ، و هم این نکته واضح می گردد که‌اشتباه یا اکراه موجب بطلان عقد نیست بلکه موجب عدم نفوذ آن است ولی در این موضوع ممکن است ایراد نمود که مطابق مادهٔ ۱۹۰ شرط اول صحت‌قصدعقد طرفین و رضای آن ها می باشد و چون در مادهٔ مزبورهٔ قصد و رضا در عرض هم ذکر شده بنا بر این باید احکام آن ها نیزمثل‌هم باشد

این ایراد صحیح است و ماهم ادعای مخالف آن‌نمی کنیم ـ توضیح آنکه فقدان کامل هر یك از قصد و رضا موجب بطلان معامله است منتهای مراتب قصد یاموجودنیست‌و یا صحیحاً موجود است وحال آنکه رضا ممکن است موجود باشد ولی معلول هم باشد ، بعبارت اخری برای قصد نمیتوان فرض وجود معلول نمود وحال آن که برای رضا ممکن

است فرض وجود معلول نمود و مطابق مادهٔ ۱۹۹رضای معلول موجب عدم نفوذ معامله‌است نه موجب بطلان آن

حال باید هر یك از ایندو علت را مشروحاً بیان کنیم :

فقره اول - در اشتباه

۲۲۷ – اشتباه را میتوان بطریق ذیل تعریف نمود :

اشتباه عبارت است از تصور غلطی که انسان از شیئی می کند . حد اعلای اشتباه را میتوان جهل نامید

اشتباهی که برای احد متعاملین حاصل میشود در رضای او موثر بوده ومراتب تأثیر آن ممکن است باختلاف موارد خیلی زیاد و یا بالنسبه کم باشد . مثلا در بعضی موارد ممکن است اشتباه به اندازهٔ زیاد باشد که اصلا موجب فقدان رضایت گردد، و در بعضی موارد ممکن است اشتباه باندازهٔ باشد که مستلزم فقدان رضا نبوده ولی آن را معلول نماید ، وبالاخره ممکن است اشتباه طوری باشد که نه موجب فقدان و نه موجب معلول بودن رضا باشد .

۲۲۸ – الف – در موارد ذیل اشتباه موجب فقدان رضا و بالنتیجه موجب بطلان عقد است :

۲۲۹ – اول – در مواردی که اشتباه مربوط بنوع عقد باشد . مثلا اگر کسی بدیگری تکلیف کند که شیئی را در مقابل قیمتی باو بفروشد . و طرف تصور نماید که میخواهد آن شیئی را بعنوان هبه باو به بخشد و این تکلیف را قبول کند ، دراینصورت نه عقد بیع واقع شده و نه عقد هبه ، زیرا که هریك از طرفین معامله عقد خاصی رادر نظر داشته و توافق نظر بین آنها در ایجاب و قبول بعمل نیامده است ، و بنابراین عقد باطل است . چنانکه همین معنی از مفاد مادهٔ ۱۹۴ بطور وضوح مفهوم میشود چه‌مطابق ماده مزبوره طرف معامله باید همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء آن را داشته و الا معامله باطل خواهد بود .

۲۳۰ – دوم – در موردی که اشتباه مربوط بموضوع معامله باشد. مثلا اگر کسی بشخص دیگر تکلیف کند که خانه خود را که در طهران واقع است بقیمت معینی بفروشد و طرف مقابل بخیال آن که بایع فروش خانه تبریز خود را باو تکلیف میکند

معامله را قبول نماید ، در اینصورت توافق بین قصدین نبوده و در حقیقت چیزی واقع‌شده است که قصد طرفین نبوده است بنابر این بیع باطل است .

نسبت به بطلان معامله در مورد اشتباه مربوط بموضوع آن ماده ۲۰۰ قانون مدنی چنین مقرر داشته است « اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط بخود موضوع معامله باشد » از مفاد این ماده چنین مستفاد می شود که اشتباه در موضوع‌معامله موجب بطلان معامله نبوده و فقط موجب عدم نفوذ آن است ، و حال آن که ازمجموع تصریحات دیگر قانون مزبور میتوان استدلال نمود که اشتباه در موضوع معامله موجب بطلان آن است و نه موجب عدم نفوذ آن چه‌ :

اولا ــ مطابق ماده ۱۸۳ که بموجب آن عقد تعریف شده‌است « عقد عبارتست از اینکه یك یاچند نفردر مقابل یك یاچندنفردیگرتعهد برامری نمایند وموردقبول آنها باشد »

پس باوجود این نص صریح که بموجب آن وقوع عقد مشروط بر این است که تعهد برامری مورد قبول طرف معامله باشد ، در مواردی که تعهد یك طرف مورد قبول طرف دیگر نباشد ؛ عقدی واقع نشده و وجود نخواهد داشت . چنانکه درموقعی هم که نسبت بموضوع معامله اشتباهی باشد و یکطرف بیع خانهٔ را قبول کند در صورتی که طرف دیگر بیع خانه دیگری را به او تکلیف کرده است ، بعبارت اخری بایع تعهد تسلیم خانهٔ را بکند در صورتی که مورد قبول مشتری خانه دیگری بوده است ، عقدی واقع نخواهد شد .

ثانیاً ــ بموجب ماده ۳۳۹ عقد بیع پس از توافق بایع و مشتری درمبیع وقیمت آن بایجاب و قبول واقع میشود ، بنابر این اگر بین بایع و مشتری نسبت به مبیع توافق حاصل نشود و یاتوافق آنها فقط ظاهری بوده و بواسطه اشتباهی که‌در موضوع معامله حاصل شده است توافق واقعی موجود نباشد ، بیع باطل خواهد بود .

ثالثاً ــ مطابق ماده ۳٤۲ مقدار و وصف مبیع باید معلوم باشد پس اگراحد متعاملین نه فقط در مورد مقدار یاوصف وجنس مبیع ، بلکه در مورد خودمبیع اشتباهی‌نموده باشد قطعاً نمیشود گفت که بیع بطور صحیح واقع شده است .

رابعاً ــ مطابق ماده ۲۱٦ « مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی بان کافی است » پس در صورتیکه مقنن در موارد خاصه علم اجمالی راکافی

بدانند بدیهی است که در سایر موارد بطور کلی علم بمورد معامله را مؤثر در عقد قرار داده است واشتباه در موضوع معامله هم‌قطعاً نااندازهٔجهل بهموضوع مزبوررا ایجاب مینماید به نحویکه علم اجمالی هم موجود نمیباشد .

نظر بمراتب مشروحه فوق تصور نمی شود که بتوان قطعاً ادعا نمود که مقصود واقعی مؤلفین ماده ۲۰۰ از استعمال عبارت عدم نفوذ معامله عدم نفوذی بوده است که سابقا بیان شده بلکه در این ماده مقصود همان بطلان معامله بوده است ، چه بدیهی است که در صورت اشتباه در موضوع معامله تصحیح آن با اجازه لاحق حاصل نمی شود بلکه اگر طرفین معامله بخواهند رفع اشتباه کنند باید عقد جدیدی نسبت به موضوع جدید واقع سازند .

۲۳۱ ـ سوم ـ درمواردی که اشتباه راجع باشد بجهت معامله یعنی بعلت وجود تعهد. مثلا اگر کسی بموجب وصیت مورث خود باید مبلغی بدیگری بدهد و اقرار بوجود این قرض هم بکند. ولی بعد وصیت نامه متاخری کشف شود که وصیت اولی رابهم زده‌است ، دراین صورت تعهد حاصل از اقراری که در نتیجه اشتباه در وصیت یا اشتباه در علت وجود تعهد بعمل آمده است باطل بوده و بهیچوجه نمیتواند اثری تولید نماید .

۲۳۲ ـ ب ـ درمواردی که اشتباه موجب‌عدم نفوذ معامله است :

بطوریکه فوقاً مذکور شد ممکن است احد متعاملین اشتباهی نماید که موجب فقدان رضایت او نبوده ولی رضای او را قویاً معلول کند و در این صورت معامله باطل نبوده ولی نافذ هم نمی باشد یعنی با اجازه لاحق می توان آن را تصحیح نمود ـ این مورد وقتی است که اشتباه در شخص طرف معامله باشد و شخصیت او هم علت عمده عقد بوده باشد .

بطور کلی اشتباه درشخص طرف‌معامله‌موجب بطلان معامله نمیشود زیرا که‌در اغلب عقود شخصیت طرف مقابل اهمیت نداشته بلکه مقصود وقوع معامله است با هر کس که باشد مثلا وقتی که یکنفر بزاز مقدار ماهوتی بنقد می فروشد برای او تفاوت نمی کند که خریدار عمرو باشد یا زید ، بنا براین اشتباه در شخص خریدار مؤثر در عقد نخواهد بود . ولی در مواردی که معامله با درنظر گرفتن شخص طرف واقع می شود یعنی شخصیت طرف علت عمده عقد میباشد بنحوی که اگر طرف شخص دیگری می بود

معامله نمی شد اشتباه در شخص طرف اهمیت خاصی پیدا میکند مثلا در هبات که غالباً از نقطه نظر ارفاق و محبت خاص از واهب بشخص متهب واقع میشود ، شخصیت طرف عقد علت عمده عقد محسوب است ، و بنا براین اشتباه در شخص طرف موجب عدم نفوذ عقد خواهد بود . و همچنین در قرض یا بیع بنسیه شخصیت طرف اهمیت خاص داشته و علت عمده عقد محسوب میگردد .

مطالب فوق از ماده ۲۰۱ کاملا استنباط می شود و ماده مزبوره از این قرار است «اشتباه درشخص طرف بصحت معامله خللی وارد نمیاورد مگر در مواردیکه شخصیت طرف علت عمده عقد بوده باشد»

۲۳۳ ـ ج ـ در مواردیکه اشتباه مؤثر در عقد نمیباشد .

درکلیه، موارد بغیر از آنچه که فوقاً بیان گردیده است، اشتباه مؤثر در عقد نمیباشد. بنابراین اشتباهات ذیل نه موجب بطلان و نه موجب عدم نفوذ معامله میشود منتهای مراتب، در بعضی مواقع برای احد طرفین اختیار فسخ میاورد .

۱ ـ در مواردی که اشتباه راجع باوصاف شیئی باشد که موضوع معامله است. در این صورت اگر وصف خاص مشروط بوده باشد و آن وصف موجود نباشد اختیار فسخ خواهد بود .

۲ ـ در مواردی که اشتباه راجع بقیمت شیئی باشد ـ چه اشتباه در قیمت ممکن است فقط تعبیر به غبن شود و غبن هم درموارد معین موجب خیار است.

۳ ـ اشتباه در شخص طرف مشروط بر این که شخصیت او علت عمده عقد نباشد .

٤ ـ اشتباه در داعیه معامله ـ مثلا اگر کسی اسبی بخرد بگمان این که اسب خودش مرده است و بعد معلوم شود که اسب او نمرده است ، در صحت معامله خللی وارد نخواهد آمد مگر اینکه این داعیه در خود عقد بعنوان شرط وقوع ذکر شده باشد .

فقره دوم - در اکراه

۲۳٤ ـ اکراه عبارت است از عملیاتی که برعلیه یکنفر اعمال میشود تا رضای او که نمیخواهد طوعاً بدهد جبراً گرفته شود :

اگر عملیات عبارت باشد از آزار ویا صدمه بدنی، اکراه اکراه مادی خواهد بود و اگر عبارت باشد از تخویف اکراه اکراه معنوی یا تهدید نامیده میشود.

عملیاتی که برعلیه یکنفر اعمال می شود اعم از اینکه مادی باشد یا معنوی در نتیجه خوفی که در طرف تولید می نماید مؤثر میشود ، بدیهی است که اگر طرف مزبور بواسطه‌ضعف نفس خود راضی بمعامله شود رضای او معلول بوده و موجب عدم نفوذ معامله خواهد شد .

اگر چه در بادی نظر ممکن است تصور و ادعا نمود که مکره فاقد قصد و رضا بوده وبالنتیجه اکراه باید مبطل عقد محسوب شود ، ولی اگر تدقیق شود معلوم می گردد که این تصور تصور غلطی است زیرا کسیکه مکره واقع شده میتوانست بوسیله متحمل شدن اعمال اکراه آمیز ویا لااقل بواسطه حاضر شدن بتحمل آن ، ازوقوع معامله احتراز کند - و غالباً هم حاضر شدن بعمل اکراه آمیز برای احترازازوقوع معامله کافی می باشد ، چه غالباً تهدید فقط یك وسیله ارعاب است ، و همین که تهدید کننده مشاهده نمود که طرف از تهدید او نمی ترسد ، دیگر حاضر نخواهد بود که تهدید خود را بموقع اجرا گذارد.

در هر حال شخصی که درنتیجه اکراه یاتهدید راضی بواقع ساختن معامله می شود اقل ضررین را اختیار می کند و چون اختیار آنرا می نماید لذا نمیتوان گفت‌که فاقد قصد بوده است ، بنا براین معامله واقع میشود ، منتهای‌مراتب رضای مکره تا اندازهٔ معلول است که موجب عدم نفوذ معامله خواهد بود . ولی بدیهی است که اگر اکراه به اندازهٔ باشد که مکره قادر باختیار بین ضررین نباشد دراین‌صورت‌معامله بواسطه فقدان‌قصد باطل است‌ونه بعلت‌اکراه .

۲۳۵ - برای اینکه اکراه موجب‌عدم نفوذ معامله گردد باید‌صفات خاصی را دارا باشد - صفات مزبوره را میتوان از ماده ۲۰۲ استنباط نمود چه ماده مزبوره از این قرار است « اکراه با عمالی حاصل می شود که مؤثر در هر شخص با شعوری بوده و او را نسبت‌به جان یامال یا آبروی خود تهدید کند به‌نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد » پس مطابق اینماده اعمال اکراه آمیز باید دارای صفات ذیل‌باشد .

۲۳۶ - اول - اکراه باید مؤثر در هر شخص با شعوری باشد - اگر چه از

این عبارت معلوم می شود که باید برای تشخیص تأثیر یا عدم‌تأثیراعمال اکراه آمیز اعمال مزبوره مجرداً و فی حد ذاته ملحوظ شود، ولی چون قسمت اخیر مادهٔ مزبوره فوق اضافه مینماید « در مورد اعمال اکراه آمیز سن و شخصیت و اخلاق‌ومرد یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود » واضح است که اعمال مزبوره را نمیتوان بطور مجرد و فی حد ذاته منظور نمود، بلکه باید با درنظر گرفتن کیفیات دیگر مربوط به شخصی که مکره واقع می شود تشخیص داد که اعمال اکراه آمیز اکراه محسوب میشود یانه .

۲۳۷ - دوم - اکراه باید شخص را نسبت به جان یا مال یا آبروی خودتهدید کند . تهدیدی هم که خواه نسبت بجان و خواه نسبت به‌آبرو می شود باید تهدیدواقعی باشد ، و یا لا اقل کسی که تهدیدمی شود بعدم واقعیت آن جاهل باشد ، والا کسی که تهدید می شود اگر بداند که تهدید کننده نمیتواند تهدید خود را بموقع اجرا گذارد آنشخص مکره محسوب نمیشود ، چه دراینصورت اکراهی واقع‌نشده است ، بعلاوه تهدیدی که نسبت بیکنفر می شود باید تهدیدی باشد که آنشخص نتواند آنرا بدون مشقت دفع کند ، و اگر چنانچه شخصی که تهدید شده است قادر باشد بر اینکه بدون مشقت اکراه را از خود دفع کند ، و معامله را واقع نسازد آن شخص مکره محسوب نمی شود (مادهٔ ۲۰۵)

۲۳۸ - بموجب مادهٔ ۲۰۳ « اکراه موجب عدم نفوذ معامله‌است اگر چه ازطرف شخص خارجی‌غیراز متعاملین واقع شود» . این قاعده کاملا موافق منطق است ، زیرا که قطع نظر از شخص تهدید کننده ، خود تهدید رضای مکره‌را معلول نموده و موجب عدم نفوذ معامله میشود ، ولو اینکه تهدید کننده شخص خارجی باشد ، و اگر شرط میشد که تهدید وقتی مؤثر در عقد میباشد که از شخص طرف معامله ناشی شده باشد ، وضعیت غیر قابل تحملی ایجاد میشد ؛ و ممکن بود اشخاص‌بوسیله مزدوران بی وجدان اعمال اکراه آمیز نمایند بدون‌اینکه مکره بتواند متشبث بعدم نفوذ معامله بشود .

۲۳۹ - میانه اکراه و اضطرار باید فرق گذاشته شود : اضطرار وقتی است که داعیه عقد مخصوصاً برای واقع ساختن آن ایجاد نشده بلکه در نتیجه حادثه اتفاقی موجود شده باشد . مثلا اگر کسی در نتیجه نداری و برای احتیاج مبرمی که به‌پول نقد دارد یك تخته قالیچه خود را بده یا بیست تومان بفروشد در صورتی که شاید قیمت حقیقی

آن یکصد تومان بوده است ، نمیتواند ادعا نماید که در این معامله مکره بوده است . و همچنین در موردی که عمله جات یك کشتی از مسافرین کشتی دیگر که به علتی از عال در وسط دریا با خطر مرگ مواجه شده اند ، مبالغ هنگفتی بگیرند که آنها را از خطر نجات دهند ؛ عملجات مزبوره عامل اکراه محسوب نمیشوند .

در دو مثال مذکور فوق امری که علت غائی و موجب وقوع معامله شده است ، یعنی نداری و احتیاج مبرم صاحب قالیچه بپول نقد ؛ و مواجه شدن مسافرین با خطر مرگ ، نه از ناحیه کسی که طرف معامله بوده است ناشی شده و نه برای اجبار شخص بواقع ساختن معامله بعمل آمده است ، بلکه در نتیجه حادثه اتفاقی است که بهیچوجه مربوط بـه واقع ساختن معامله نمیباشد .

نسبت بمعاملهٔ که در نتیجه اضطرار واقع میشود ماده ۲۰۶ چنین مقرر میدارد «اگر کسی در نتیجه اضطرار اقدام بمعامله کند مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود » بدیهی است که این اعتبار معامله فقط از نقطه نظر موجود نبودن اکراه است در هر حال کسی که معامله اضطراری نموده است میتواند بعال دیگر اگر موجود باشد آن معامله را فسخ کند .

۲۴۰ - برای اینکه اکراه موجب عدم نفوذ معامله باشد لازم نیست که شخص طرف معامله نسبت بجان یا مال یا آبروی خود تهدید شده باشد بلکه مطابق ماده ۲۰۴ «تهدید طرف معامله در نفس یا جان یا آبروی اقوام نزدیك او از قبیل زوج و زوجه و آباء و اولاد موجب اکراه است »

البته بدیهی است که غالباً بین هر شخص و خویشاوندان نزدیك او محبت والفتی موجود است که شخص نمیتواند متحمل صدمات وارده به آنها بشود، و در این صورت هر اکراه و تهدیدی که نسبت بمال و یا جان و یا آبروی آنها بعمل آید، مثل این است که بجان یا مال یا آبروی خود شخص وارد میشود . بنابراین ماده ۲۰۴ هم این حکم مسلم را تائید کرده و مقرر داشته است که اکراه و تهدید بر اشخاص مزبوره هم مثل اکراه و تهدید در شخص طرف معامله محسوب میشود .

اقوامی که غالباً هر شخص نسبت بآنها علاقه تامی دارد ، عبارت هستند از زوج و زوجه و آباء و اولاد ، ولی اقوامی که طرف علاقه میباشند منحصر باین اقوام نبوده

و بلکه ممکن است در میان سایر اقوام کسانی باشند که شخص نسبت بـانها همان قدر محبت و علاقه داشته باشد که مثلا باولاد خود دارد . و بنابراین اکراه و تهدید براقوام مزبوره هم در حکم اکراه بخود آن شخص خواهد بود . ولی این مسئله بدیهی است که این قبیل اقوام را با درجه نزدیکی نمیتوان تشخیص داد چه ممکن است یك نفر علاقه و محبتی که به عموی خود دارد مثلا به برادر خود نداشته باشد ، و بهمین‌جهت‌است که ذیل مادهٔ ۲۰٤ مقرر شده است « در مورد این ماده تشخیص درجه نزدیکی برای مؤثر بودن اکراه بسته بنظر عرف است » و بر عهده قاضی است که در هر مورد بخصوص با در نظر گرفتن عرف و عادت و خصوصیات امر تشخیص بدهد که آیا اکراهی واقع شده است یا نه .

۲٤۱ ـ بطوری که سابقاً مذکور شد اکراه در نتیجه خوفی که در طرف تولید میشود مؤثر میگردد ، و بنا بر این ممکن بود ادعا شود که اگـر مثلا کسی کـه در نتیجه خوفی که از پدر خود دارد معامله را واقع سازد مکره خواهد بود و لو این که از طرف پدر باعمال اکراه آمیزی مبادرت نشده باشد ، و برای رفع این سوء تفا هم است که مادهٔ ۲۰۸ مقرر داشته است «مجرد خوف از کسی بدون آنکه از طرف ان کس تهدیدی شده باشد اکراه محسوب نمیشود »

راست است که اگر پدری مثلا از احترامی که پسرش نسبت با و دارد سوء استفاده نموده و با او معاملاتی بنماید که مضر منافع او میباشد امر نا مستحسنی رامرتکب شده ، ولی هر گاه برای واقع ساختن این معاملات فقط از موقعیت خود سوء استفاده نمـاید ، بدون این کـه مرتکب اعمال اکـراه امیزی به شود رضایت پسر معلول نخواهد بود .

استدلال مزبور فوق نه فقط در روابط بین پدرو پسر مؤثر میباشد ، بلکه‌درروابط هر دو نفری هم که یکی از آن ها نسبت به دیگـری ملزم به رعایت و احترام است معتبر خواهد بود ـ مثلا در روابط نوکر و ارباب و مرئوس با رئیس خود .

مبحث دوم

در اهلیت طرفین

۲۴۲ - مطابق مادهٔ ۲۱۰ « متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند »

اهلیت عبارت است از توانائی قانونی که یکنفر برای انجام امری دارا میباشد و مطابق مادهٔ ۲۱۱ شخص وقتی میتواند برای معامله کردن این توانائی قانونی را واجد باشد که بالغ و عاقل ورشید باشد.

پس بموجب این مادهٔ شرط داشتن اهلیت برای معامله کردن سه چیز است: بلوغ - رشد - عقل.

۲۴۳ - (۱) بلوغ - انسان وقتی بالغ محسوب است که بسن معین قانونی رسیده باشد و قانون فرض میکند که در کمتر از آن سن قوای دماغی انسان هنوز باندازهٔ نشو و نما نکرده است که بتواند بد را از خوب تمیز بدهد وهمینکه بسن مزبور رسید قوهٔ ممیزه حاصل میکند، و این فرض قانونی فرضی است خلل نا پذیر یعنی هیچمحکمهٔ نمیتواند بکسی اجازه دهد که بمقام ادعای عکس این فرض بر امده و ثابت نماید کهمثلا فلان طفل قبل از رسیدن بسن بلوغ قوهٔ ممیزه داشته و بنابراین معاملهٔکهواقع ساخته است باطل نمی باشد.

۲۴۴ - (۲) رشد - رشد عبارت است از اینکه کسی قوهٔ ممیزه داشته و بتواندبد را از خوب تمیز بدهد و دارائی خودرا بغرض عقلائی صرف کند.

رسیدن بسن بلوغ فرض قانونی را که فوقاً ذکر شد معکوس میدارد یعنی قانون فرض می نماید همینکه یکنفر بسن بلوغ رسید معمولا باید قوهٔ ممیزه هم داشته باشد - بنا بر این هر بالغی رشید محسوب شده و در مورد معاملات او حکم اصالت صحت جاری میباشد یعنی اعمال آن شخص محمول بر صحت است مگر اینکه عدم رشد اوثابتشود.

برای اینکه معامله محکوم به بطلان باشد لازم است عدم رشد متعاقب بعدم بلوغ باشد یعنی نداشتن قوهٔ ممیزه در نتیجه صغر بوده و انسان که قبل از رسیدن به سن بلوغ غیر رشید بوده بعد از رسیدن باین سن هم غیر رشید بماند و اگر عدم رشد بعد از بالغ و رشید شدن عارض گردد یعنی اگر کسی بعد از اینکه بالغ شد بتواند

منافع خودرا تشخیص داده و دارائی خود را صرف اغراض عقلائی بنماید و بعد از آن این قوه بعلتی از او سلب شود چنین شخص را سفیه می گویند و معاملات او باطل نبوده وغیر نافذ است .

۲۴۵ - (۳)عقل- زوال عقل را جنون می گویند و جنون ممکن است دائمی باشد یا ادواری :

جنون دائمی آن است که انسان دائماً در حال جنون باشد - و جنون ادواری وقتی است که شخص گاهی مجنون وگاهی در حال عقل باشد.

بدیهی است که چون عاقل بودن یکی از شرایط اهلیت است لذا مجنون ادواری که در مواقع معینی جنون باو عارض میشود در آن حالت نمیتواند معامله واقع سازد و در غیر آن مواقع غیر اهل محسوب نمیشود.

۲۴۶ - در هر صورت مطابق ماده ۲۱۲ «معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند بواسطه عدم اهلیت باطل است» و مطابق ماده ۲۱۳ « معامله محجورین نافذ نیست »

محجور کسی را میگویند که بعلتی از علل قانونی حق تصرف در اموال و حقوق مالی خود از او سلب شده باشد و معامله این قبیل اشخاص غیر نافذ است باین معنی که اگر در حال حجر معامله بنمایند ممکن است آن معامله را ولی آن ها ویابعداز رفع حجر خودآنها اجازه و تنفیذ کنند .

مبحث سوم

در مورد معامله

۲۴۷ - شرط سوم از شرایط صحت هر معامله این است که آن معامله موضوع معینی داشته باشد مثلا در عقد بیع باید مبیعی باشد که مورد معامله واقع شود .

مطابق ماده ۲۱۴ «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هریك از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آنرا میکنند» پس مورد معامله ممکن است مال باشد یا عمل و در صورت عمل بودن ممکن است آن عمل عمل مثبت باشد یا عمل منفی .

عمل وقتی مثبت است که کسی تعهد انجام امری را بنماید مثل اینکه کسی

تقهد کند که خانهٔ بسازد ــ و عمل و قتی منفی است که کسی خود داری از انجام امری را تعهد کند مثل اینکه کسی تعهد نماید که فلان زمین را زراعت نکند و یا در فلان محل بنا نسازد .

هر گاه مورد معامله مال باشد باید اولا موجود باشد ـ ثانیاً متضمن منفعت عقلائی مشروع باشد ـ ثالثاً مبهم نباشد ــ و هر گاه مورد معامله عمل باشد باید اولا ممکن باشد ثانیاً متضمن منفعت عقلائی باشد ـ ثالثاً مشروع باشد .

۲۴۸ ــ تمام شرایط مزبورهٔ فوق بطریقی که مذکور گردید درقانون مدنی تصریح نشده و فقط مالیت داشتن و متضمن منافع مشروع بودن مورد تعهد در ماده ۲۱۵ و مبهم نبودن آن در ماده ۲۱۶ تصریح گشته است ولی بدیهی است که موجود بودن مالی که مورد معامله می باشد نتیجه همان عدم ابهام است و الا ممکن نبود گفته شود که مال غیر موجود باید مبهم نباشد ـ چه عدم ابهام نتیجه موجودیت مال است ـ و همچنین ممکن بودن عمل نتیجه داشتن منفعت عقلائی است، زیرا که امر غیر ممکن منفعت عقلائی ندارد: ــ در هر حال هر یك از شرایط فوق را یك یك تحت مطالعه در میاوریم

۲۴۹ ـ اولا ـ مورد معامله باید موجود باشد و الا معامله بلا موضوع بوده و بالنتیجه باطل می باشد مثلا اگر کسی اسب خودرا بتصور این که زنده است بفروشد وبعد معلوم شود که آن‌اسب حین معامله مرده بوده‌است عقدبیع بواسطه موجود نبودن مورد معامله باطل خواهد بود .

نظر بمراتب فوق نه فقط معامله مالی که سابقاً موجود بوده و حین المعامله تلف شده است باطل است بلکه معامله راجعه بمالی که هنوز وجود ندارد نیز باطل می باشد بنا بر این کسی نمیتواند سهم‌الارث خود را از ترکه مورثی که هنوز نمرده است‌بکسی منتقل نماید زیرا اگر چه ترکه موجود است ولی نسبت بورات حق ثابتی در آن‌ترکه موجود نمیباشد تا آن حق خودرا بتوانند منتقل نمایند .

۲۵۰ ــ ثانیاً ــ مورد معامله بایدمالیت داشته ومتضمن منافع عقلائی مشروع باشد ـ مقصود از این شرط آنست که مورد معامله برای یکی از طرفین بامصرف باشد چه‌ممکن است شیئی یا عملی که مورد معامله واقع میشود برای احد طرفین بی مصرف و خالی از هر منفعت بوده ولی برای یکی از آنها که تعهد تادیه یاایفاء بر له او واقع میشود نافع

و با مصرف باشد - پس هر گاه مورد معامله برای هیچیك از متعاملین نافع وبامصرف نباشد معامله باطل خواهد بود .

ممکن است مورد معامله مالیت داشته باشد و متضمن منفعت عقلائی هم باشد و لی قابل نقل و انتقال نباشد - غیر قابل نقل و انتقال بودن یك چیزممکن است طبیعی باشد یا بحکم قانون :

اشیائیکه طبعاً قابل نقل وانتقال نیستند مثل هوا ودریا . و بعضی دیگر که‌بموجب قانون قابل نقل و انتقال نمیباشند مثل شوارع عمومی و غیرد که اصلا قانون آنها را قابل تملك خصوصی قرار ندادد است ، و یا مواد سمی که نقل و انتقال آنها فقط در مورد استثنائی و آنهم با رعایت‌مقررات خاصی تجویز شده‌است .

۲۵۱ - ثالثاً - مورد معامله‌باید مبهم نباشد- برای‌صحت معامله موجود بودن مورد معامله بتنهائی کافی نیست بلکه آن شیئی موجود باید مبهم نیزنباشد.

مبهم نبودن مورد معامله حکم کلی است که باید در هر معامله رعایت شود ، ولی حد معلوم بودن ممکن است نسبت بهر معامله متفاوت باشد ، مثلا اگر در بعضی از معاملات مثل بیع لازم است که مورد معامله از هر جهت معلوم باشد بر عکس در بعضی‌از عقود دیگر کافی است که مورد معامله مجهول‌نباشد.

۲۵۲ - رابعاً - هر گاه مورد معامله عمل باشد باید غیر ممکن نباشد . بدیهی است که تعهد بر انجام امر غیر ممکن شخص رامتعهد نمیکند . ولی لازم است که عدم امکان مطلق باشد نه نسبی ، یعنی انجام امر برای هرشخص غیر ممکن باشد نه برای شخص متعهد .

بنا بر این اگر کسی تعهد ساختن عمارتی را بنماید در صورتی که - بهیچوجه از معماری و بنائی سررشته نداشته باشد این تعهد صحیح خواهد بود زیرا که ممکن است بتوسط دیگری عمارت را بسازد . ولی اگر شرط مباشرت شخص او شده باشد معامله باطل نبوده‌و فقط خیارفسخ خواهد بود .

مبحث چهارم

در جهت معامله

۲۵۳ ـ جهت معامله عبارت است از مقصود بلاواسطه یعنی مقصود اصلی که برای نیل بان ، معامله را واقع می سازند ـ بنا بر این جهت معامله آن علتی است که موجب وقوع معامله شود .

جهت معامله را نباید با جهت تعهد مخلوط نمود زیرا اولا جهت تعهد غالباً غیر از جهت معامله است ثانیاً در هر معامله جهت تعهد تقریباً همیشه یکی است و حال آنکه در یك معامله ممکن است جهت معامله مختلف باشد مثلا اگر یکنفر مقداری گندم بخرد در این معامله خریدار متعهد می شود که قیمت را بفروشنده تأدیه نموده و فروشنده تعهد می کند که عین گندم را بخریدار تسلیم نماید ـ بنا بر این جهت تعهد خریدار آن است که فروشنده در مقابل او به تسلیم مبیع متعهد شده وجهت تعهدفروشنده آن است که خریدار در مقابل او متعهد بتأدیه ثمن گردیده ـ پس غالباً در عقود لازمه جهت تعهد یك طرف تعهد طرف دیگر است و حال آن که در اصل معامله ممکن است جهت معامله مختلف باشد مثلا خریدار ، گندمرا برای درست کردن نان و یا برای کاشتن و یا برای فروختن خریده باشد .

۲۵٤ ـ مطابق ماده ۲۱۷ « در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشدوالا معامله باطل است » مثلا اگر کسی مقداری سم بخرد لازم نیست تعیین نماید که این معامله را بچه جهت میکند یعنی لازم نیست تصریح نماید که این سمرا برای تهیه ادویه طبی و معالجه مرض میخرد ، یا اینکه برای آدم کشتن ، ولی اگر اتفاقاً جهت معامله تصریح شود باید مشروع باشد .

بنا براین اگرضمن معامله سم تصریح بشودکه برای تهیه ادویه طبی است معامله صحیح و اگر بر عکس تصریح شود که بجهت آدم کشی است جهت معامله نامشروع و بالنتیجه خود معامله باطل خواهد بود .

در قانون مدنی عبارت مشروع یا نا مشروع استعمال شده ، ولی بهیچ وجه معین نگشته است از مشردو که مقصوع یا نامشروع چه چیز است .

بدیهی است که کلیه امور مخالف قانون امور نامشروع میباشد ، ولی برای این که امری نامشروع محسوب شود لازم نیست که حتماً مخالف قانون باشد بلکه ممکن است اموری موجودباشد که قانون آنرامنع نکرده ، ولی مطابق عرف وعادت نامشروع‌محسوب شود ، مثلا کلیه اموری که مخالف انتظامات عمومی و یا مخالف اخلاق حسنه باشد بنظر عرف نامشروع میباشد ، ولو این که بموجب قانون صریحاً نهی نشده باشد .

۲۵۵ — گاهی میشود که جهت معامله حقیقتاً نامشروع نبوده ولی مقرون به یك نوع علت نامشروع باشد در این صورت آن معامله باطل نخواهد بود و ممکن است غیر نافذ محسوب شود . مثلا اگر کسی بقصد فرار ازدین و یا اضرار طلبکاران خود معامله بنماید جهة این معامله فی حد ذاته نامشروع نیست ولی مقرون است به یك نوع نیت کلاه برداری وبهمین جهة چنین معامله غیر نافذ بوده و نفوذآن موکول به اجازه طلبکاران‌خواهد بود چنانکه همین معنی را مادهٔ ۲۱۸ تصریح کرده و مقرر میدارد که « هرگاه معلوم‌شود که معامله بقصد فرار از دین واقع شده آن معامله نافذ نیست »

فصل چهارم

در اثر معاملات

مبحث اول

در کلیات

۲۵٦ — معمولا عقودی که بین اشخاص واقع میشود نسبت به هر دو طرف و یا فقط نسبت بیکی از آنها ایجاد تعهداتی می نماید که باید ازعهدهٔ آن بر آیند - گاهی هم اثر عقد فقط منحصر است باینکه تعهد سابقی را تغییر داده و یا برطرف سازد .

تعهدی که در اثر عقد حاصل میشود متعهد یا مدیون را مازم مینماید بشیئی را که مقروض است بدهد، و یا امری را که عهده‌دار است انجام کند ، و اگر متعهد یا مدیون بخواهد در انجام تعهد خود تکاهل کند ، قانون عندالاقتضا بمتعهد له یعنی دائن مساعدت‌می نماید تا مدیون را باداء دین خود مجبور کرده ، و بالنتیجه دائن بحق خود برسد . مثلا اگر کسی مدیون وجه نقدی باشد و قرض خود را ادا نکند، دائن می تواند به

محکمه صالحه رفته و حکم محکومیت او را بخواهد، وبرطبق همین حکم مدیون را مجبور کند که بعهد خود وفانماید، و اگر دائن سند لازم‌الاجرا داشته باشد میتواند بدون‌توسل بمحکمه طلب خود را وصول کند ـ و همچنین اگر بایع عین معین، آن عین رابتصرف مشتری ندهد، مشتری میتواند از محکمه تقاضا نماید که مبیع را بتصرف او بدهد . بالاخره اگر تعهد متعهد منفی بوده و برخلاف آن رفتار بکند مثلا اگر ملزم شده بوده است که عمارتی نسازد وآن را ساخته باشد متعهد له میتواند بوسیله محکمه هدم آن را بخواهد .

پس بطور کلی عقود و تعهداتی که در بین اشخاص حاصل میشود برای متعهد لازم الاتباع است واگرخود او آن را طوعاً اجرا ننماید بوسیله محاکم اجبار می‌شود که اجرا کند .

۲۵۷ ـ نافذ و لازم الاجراء بودن قرارداد ها و عقود بموجب ماده ۱۰ و۲۱۹ قانون مدنی تصریح شده است چه‌بطوری که مذکور شد مطابق ماده ۱۰ « قراردادهای خصوصی نسبت بکسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است » و بموجب ماده ۲۱۹ « عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشدبین متعاملین و قائم‌مقام آنها لازم الاتباع ست » وهمان طور که قوه قضائیه باید نگهبان‌اجرای قوانین باشد همان طور هم باید نگهبان اجرای تعهدات مردم باشد . و هر گاه طرفین متعاملین در نتیجه اختلاف راجع باجرای تعهدات خود ، بمحضر قاضی بیایند همانطور که قاضی قانون را اجرا میکند همانطور هم باید حکم اجرای تعهدات‌طرفین یا طرف متخلف را بدهد .

مطابق قسمت اخیر ماده ۲۱۹ لازم الاتباع بودن عقود وقتی مرتفع میشود که برضای طرفین اقاله یا بعلت قانونی فسخ شود .

اقاله عبارتست از بهم زدن معامله بتراضی طرفین بعبارة اخری از تفاسخ معامله . پس مطابق این قسمت از مادهٔ مزبوره ممکن است عقود در نتیجه تفاسخ و یا درنتیجه فسخ لازم الاتباع نباشند .

امکان تفاسخ عقد امری است بدیهی ، زیرا همانطور که عقد در نتیجه رضای طرفین واقع شده و موجود میشود همانطور هم ممکن است در نتیجه رضای طرفین معدوم و برطرف گردد.

امکان فسخ هم وقتی متصور است که مطابق قانون علت فسخی موجود باشد مثل بیع که ممکن است در صورت تاخیر ثمن قانوناً فسخ شود و الا احد متعاملین نمیتواند معامله را بمیل خود فسخ نماید مگر در عقود جایزه که آنهم در حقیقت یك علت قانونی فسخ محسوب است .

۲۵۸ ــ اجرای معاملات باید از روی حسن نیت و بر طبق مقصودی باشد که در حین عقد منظور طرفین بوده است ــ گر چه این نکته در قانون مدنی تصریح نشده است ولی از مفاد ماده ۲۲۰ کاملا استنباط میشود که مقصود مقنن همین بوده است چه مطابق ماده مزبوره « عقود نه فقط متعاملین را باجرای آن چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید بلکه متعاملین بکلیه نتایجی هم که بموجب عرف و عادت یا بموجب قانون از عقد حاصل میشود ملزم می باشند » پس معلوم است که مقنن خواسته است اجرای عقود از روی حسن نیت و بر طبق قصد طرفین باشد و الا متعاملین را بتحمل کلیه نتایج آن حتی نتایجی که فقط بموجب عرف و عادت حاصل میشود و در عقد تصریح نشده است ملزم نمینمود .

۲۵۹ ــ بطوریکه سابقاً مذکور شد تعهدی که از عقد حاصل میشود عبارتست از دادن شیئی و یا از انجام و یا از عدم انجام امری . در هر صورت تعهد عبارت از انجام امری می باشد که دادن شیئی هم جزو آن است ، و یا از عدم انجام امری .

هر گاه متعهد بعهد خود وفا نکند و یا ازعهد خود تخلف کند ، مسئول میباشد ، و در نتیجه این تخلف نه فقط باید مجبور گردد که تعهد خود را انجام کند ، بلکه گاهی هم مسئول خسارات وارده برطرف مقابل خواهد بود ، ولی برای این که کسی بتواند متعهد را اجبار بانجام تعهد کند باید معامله که تعهد ناشی از آن است ، صحیح باشد . و بدیهی است که در اثر عقد باطل تعهدی ایجاد نمی گردد و مطابق ماده ۲۲۳ « هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر این که فساد آن معلوم شود» قاعدهٔ که بموجب اینماده اتخاذ شده است همان قاعده ایست که در اصطلاح علماء حقوق قاعده اصالت صحت می گویند یعنی در هر معامله اصل آن است که این معامله صحیحاً واقع شده است و هر کس مدعی فساد یا بطلان آن گردد باید ادعای خود را ثابت کند

و این قاعده از هر حیث با منافع جامعه موافق است زیرا اگر بنا بود که اصل عدم صحت باشد هیچ معامله واقع نمی شد و اگر هم می شد همیشه متزلزل بود .

۲۶۰ - در هر حال غالباً مشکلاتی که خواه راجع بصحت یا عدم صحت معاملات و خواه نسبت باجراء یا عدم اجراء تعهدات حاصل می شود و منتهی بمحاکمه میگردد ، ناشی ازالفاظ وعبارات عقود یا اسنادی است که حاکی از وقوع آن است باین معنی که هر یك از متعاملین الفاظ و عبارات را حمل بر یك معنی کرده و از اینجهت تولید مشکل و بالنتیجه تولید محاکمه میشود — و برای احتراز از این پیش آمد است که ماده ۲۲٤ مقرر داشته است که « الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه » و بنابراین محاکم باید بالفاظ عقود همان معنی را بدهند که در عرف و عادت آن معنی به الفاظ داده می شود مثلا اگر کسی گفته باشد فلان خانه را بفلان کس دادم باید به لفظ دادم معنی بخشیدم یا هبه کردم داده شود نه معنی دیکر مگر اینکه قرائن و دلائلی بر خلاف آن موجود باشد ، مثلا اگر کسی بگوید فلان خانه را دادم بفلان کس در ازاء فلان باغ معلوم است عبارت دادن به جای معاوضه کردن استعمال شده است .

۲۶۱ - بالاخره ممکن است مشکلات راجعه باجرا و یا عدم اجرای تعهدات ازاین حیث ناشی شود که اموری در عقد ذکر نشود واحد طرفین ادعا نماید که چون فلان امر در عقد ذکر نشده است بنابر این ملزم بانجام آن نمی باشد برای احتـرا ز از این مشکل مادهٔ ۲۲۵ قانون مدنی مقرر داشته است « متعارف بودن امری در عرف وعادت بطوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد بمنزله ذکر در عقد است » مثلادر عقد بیع راجعه باموال غیر منقوله متعارف عرف و عادت بر این است که بایع باید بمشتری سند مالکیت بعبارت اخری قباله بدهد. پس اگر در ضمن عقد دادن قبالـه تصریح نشده باشد بایع باید قباله بدهد زیرا که بدون ذکر درعقد هم عقد منصرف باین نـکته بوده وبالنتیجه بمنزله این است که دادن قباله در عقد تصریح شده است .

*

مبحث دوم

در خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات

۲۶۲ – خسارت بمعنی لغوی عبارت است از ضرری که بعلت امری حاصل میشود. ولی ، در اصطلاح قانون مدنی ، کلمه خسارت بمعنی دیگری نیز استعمال شده ، وآن عبارت است از چیزیکه برای جبران ضرر باید تادیه شود ، مثلا درماده ۲۲۱ که بموجب آن «اگر کسی تعهد اقدام امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خود داری کند در صورت تخلف مسئول خسارات طرف مقابل است» ، کلمه خسارت بمعنی اول ، و در ماده ۲۲۶ که بموجب آن «درمورد عدم ایفاء تعهد از طرف یکی از متعاملین طرف دیگر نمی تواند ادعای خسارت نماید» ، کلمه خسارت به معنی دوم استعمال شده است .

در هرحال ، ضرری که ممکن است در معامله بیکی از متعاملین از ناحیه طرف دیگر وارد بشود ، یا در نتیجه عدم اجرای تعهد است ، یا درنتیجه تاخیر دراجرای آن ، واین ضرر عبارت است از اینکه یا بطرف معامله خسارت مادی واقعی وارد کشته و از دارائی او چیزی کاسته شود ، و یا عبارت است از اینکه مشار الیه از بردن نفعی محروم بماند ، مثلا فرض کنیم که یکنفر تاجر یکصد خروار قند بخرد که در اول اسفند ماه باو تحویل داده شود ، وفروشنده تعهد خود را بموقع انجام نداده ، وخریدار مجبور شود که برای اجرای تعهد بمحکمه عارض گردد ، و در نتیجه این محاکمه ، فروشنده ، قند را در شهریور ماه سال بعد تحویل دهد ، ونیز فرض میکنیم که دراسفند ماه ، یعنی در موقعی که قند بایستی تحویل او داده شود ، قیمت آن از قرار خرواری یکصد و چهل تومان ، و درشهریور ماه یعنی در موقعیکه حقیقتاً تسلیم شده است ، قیمت آن از قرار خرواری یکصد تومان باشد ، در این فرض بخریدار قند دوقسم خسارت وارد آمده است : اولا مخارج محاکمه و حق الوکاله وکیل و مخارج اجراء حکم که مشارالیه از جیب خرد داده است ، و این خسارت را ما ضرر مینامیم ، وثانیاً خرواری چهل تومان کسر قیمت ، ومنافعی که ممکن بود از پول قند حاصل نماید ، چه اگرقنددر موقع تعهد یعنی در ماه اسفند باو تحویل داده شده بود ، آنرا ازقرار خرواری یکصدو

چهل تومان یعنی ۱٤۰۰۰ تومان میفروخت ، وبا این پول معاملاتی میکرد وازآن معاملات هم نفعی برای او حاصل میشد ، و برعکس ، در شهریور ماه سال بعد ، باید از قرار خرواری یکصد تومان یعنی به ۱۰۰۰۰ تومان بفروشد ، و این خسارت قسم دوم را عدم النفع میگویند .

تشخیص فوق از هیچ یك از مواد قانون مدنی استنباط نمیشود ، ولی وجود آن را نمی توان انکار نمود ، چه اولا امری است بدیهی و ثانیاً علماء حقوق چه در ایران وچه درخارجه متعرض آن شده وحتی در امکان ادعای خسارت از جهت عدم النفع فقها تردید کرده و بلکه عدهٔ از آنها چنین فتوا داده اند که عدم النفع را نمیتوان ضرر محسوب نمود .

چون این موضوع خالی از اهمیت نبوده و بلکه اهمیت خاصی را حائز است ، لذا لازم است قدری در اطراف آن بحث شود ، ولو اینکه تا اندازهٔ هم تکرار مطلب شده وکلام ازحد ایجاز خارج گردد . معذالك برای محدود نمودن موضوع بحث لازم است قبلا بعضی از مواد قانون مدنی را که مربوط باین موضوع وضع شده ذکر و مطالعات خودرا محدود بمواد مذکور نمائیم :

اولا مطابق ماده ۲۲۱ قانون مدنی «اگر کسی تعهد اقدام امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خود داری کند در صورت تخلف مسئول خسارات طرف مقابل است مشروط براینکه جبران خسارات تصریح شده ویا تعهد عرفاً بمنزله تصریح باشد ویا برحسب قانون موجب ضمان باشد»

ثانیاً بموجب ماده ۲۲۵ «متعارف بودن امری درعرف و عادت بطوریکه عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد بمنزله ذکر در عقد است»

ثالثاً موافق ماده ۳۳۱ « هرکس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهده نقص قیمت آن بر آید »

قبل از ورود به بحث در موا د فوق لازم است این نکته را هم تصریح نمائیم که در اطلاق کلمه خسارت بطور کلی بضرر حقیقی و منافع غیر حاصله تردیدی نیست بدلیل اینکه اولا اگر عدم شمول کلمه خسارت بمنافع غیرحاصله مسلم بود دیگر موضوع اینکه آیا

متخلف از انجام تعهد باید بجبران ضرر حقیقی و جبران منافع غیر حاصله تواماً محکوم گردد. یا نه محل اختلاف واقع نمی گشت ثانیاً اگر در اطلاق کلمه خسارت بمنافعی که یکنفر از آن محروم مانده است تردیدی میبود . هیچکس ادعا نمیکرد که در صورت محبوس نمودن یکنفر صانعی را که اگر محبوس نمیشد از صنعت خود منافعی حاصل میکرد ، حابس باید نه فقط از عهده ضررهائیکه حقیقتاً و واقعاً از این عمل بمحبوس وارد شده بر آید ، بلکه باید منافعی راهم که بعلت حبس شدن محبوس نتوانسته است تحصیل کند جبران نماید . و حال آنکه خود آنهائی هم که عدم النفع را ضرر نمیدانند ، در این موضوع موافق هستند که درصورت مفروض فوق حابس باید از عهده عدم النفع نیز بر آید .

پس بطوری که فوقاً مذکور شد کلمه خسارت هم شامل ضرر حقیقی وهم شامل عدم النفع میباشد ، حال باید دید که متخلف از انجام تعهد تاچه اندازه مسئول جبران خسارت است و آیا هم باید برفع ضرر واقعی و هم بجبران منافع غیر حاصله محکوم گردد یا فقط مسئول ضرر هائی خواهد بود که حقیقتاً و واقعاً بمتعهدله وارد آمده است ، بعبارت اخری میخواهیم بدانیم در موضوع معامله قند مثلا که فوقاً مذکور گردید ، متخلف از انجام تعهد باید فقط به تادیه مخارج محاکمه و حق الزحمه وکیل و غیره که حقیقتاً از دارائی متعهدله کاسته شده است بر آید ، و یا بر عکس باید از عهده تفاوت قیمت قندهم بر آید .

پس از ذکر این مقدمه و برای حل مشکل اظهار میداریم که از مجموع مواد مذکوره در فوق معلوم میشود که هرگاه عدم انجام یا تاخیر در انجام تعهد مستند بمتعهد باشد مشار الیه باید از عهده هر منفعتی که از متعهدله تفویت نموده است بر آید ، وچون از یکطرف در هیچیك از مواد قانون مدنی عدم شمول کلمه خسارت بمنافع غیر حاصله تصریح نشده است ، ولی از طرف دیگر متعارف بودن امری هم در عرف وعادت بطوری که عقد بدون تصریح هم منصرف بان باشد بمنزله تصریح در آن است، پس در مواردی هم که عرف منافع غیر حاصله را جزو منافعی تشخیص بدهد که متعهد بواسطه عدم انجام تعهد و یا تاخیر در اجرای آن از متعهدله تفویت کرده است ، باید منافع مزبوره جزو خسارت منظور و متعهد بجبران آن محکوم گردد ، مثلا در عرف و عادت هر تاجری که مال التجاره او را فروشنده در موقع مقرر در عقد بیع نرساند . و بعد از آن مال التجاره تنزل کند منافعی را که بواسطه نرسیدن مال التجاره در موقع خود ازتحصیل

آن محروم مانده است جزو منافع تفویت شده از خود دانسته ، و خود را محق میداند، براین که نه فقط عقد بیع را اگر بتواند فسخ نماید ، بلکه همان منافع غیر حاصله راهم از فروشنده مطالبه و دریافت دارد ، و همین ادعای تاجر را عرف تجارت ادعای حق تشخیص میدهد ، پس در این صورت نظر بمفهوم ماده ۲۲۵ محاکم نیز باید منافع غیر حاصله را مشروط و مذکور در عقود تلقی کرده ، و متعهد متخلف را بجبران آن محکوم نمایند ، مثل این که در صورت شرط ضمن‌العقد باید محکوم کنند . ولی بدیهی است که در تخمین مقدار خسارت ، لازم است نهایت احتیاط منظور شده و فقط خساراتی محسوب شود که در نتیجه عدم انجام تعهد حاصل می گردد، بعبارت اخری باید وضعیت طوری باشد که حقیقتاً اگر عدم انجام تعهد نمیبود آن منافع حاصل میگشت.

در تشخیص متعارف بودن امری در عرف و عادت هم، محاکم نباید امر را به طور مطلق و نسبت بعموم در نظر بگیرند بلکه چون عرف و عادت نسبت بهر بلد وحتی در یك محل هم نسبت بموضوعات متفاوت است لذا باید عرف وعادت رابه نسبت بلد و موضوع تشخیص دهند ، بنابر این منافع غیر حاصله که امروز جزو منافع تفویت شده تشخیص داده نمیشود هرگاه عرف و عادت بعد از چندی جزو منافع تفویت شده محسوب نمود ، محکمه باید متابعت عرف را کرده و جبران آن را باعتبار این که بمنزله مذکور در عقد است بمتعهد متخلف تحمیل کند .

۲۶۳ - برای اینکه متعهدله بتواند در صورت عدم انجام تعهد ادعای خسارت کند باید شرایط ذیل موجود باشد :

اولا خسارتی متوجه متعهدله شده باشد – ثانیاً عدم اجراء مستند بخود متعهد باشد – ثالثاً مدت مقرر برای انجام تعهد منقضی شده باشد – رابعاً جبران خسارت درعقد تصریح شده و یاعرفاً بمنزله تصریح باشد.

۲٦٤ - الف-برای امکان ادعای خسارت باید خسارتی بمتعهدله متوجه شده باشد. اگرچه این شرط در هیچیك از مواد قانون مدنی تصریح نشده است ولی مستقیماً ازروح مواد راجعه باین موضوع لزوم وجود آن استنباط می شود زیرا این شرط در خودکلمه خسارت مستتر بوده و بدیهی است وقتی که قانون متعهد را در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل قرار می دهد ماده (۲۲۱) تصور میکند که خسارتی وارد شده

والا مسئول قرار دادن کسی از امر غیر واقع مخالف عقل و منطق خواهد بود.

۲۶۵ - ب - عدم اجراء باید مستند بخود متعهد باشد. - زیرا که بطور کلی هیچکس را نمی توان مسئول عمل غیر نمود مگر اینکه سبب عمدهٔ عمل غیر خود آن شخص بوده باشد که دراینصورت آن عمل نیز مستند بمسبب میباشد.

لزوم مستند بودن عدم اجراء بخود متعهد از مادهٔ ۲۲۷ و ۲۲۹ کاملا مستفاد می شود چه بموجب مادهٔ ۲۲۷ « متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم بتأدیه خسارت می شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام بواسطه علت خارجی بوده است که نمیتوان مربوط باو نمود » و همچنین بموجب مادهٔ ۲۲۹ « اگر متعهد بواسطه حادثهٔ که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اواست نتواند از عهدهٔ تعهد خود بر آید محکوم بتأدیه خسارت نخواهد بود».

پس بموجب مادهٔ ۲۲۷ همین که علت عدم اجراء را بتوان مربوط بمتعهد نمود مشارالیه مسؤل خسارات متعهدله خواهد شد ، ومربوط بودن علت عدم اجراء نیز باید در نتیجه عمل خود متعهد باشد و این عمل ممکن است ازروی تعمد و قصد بوده یعنی متعهد عالماً و عامداً از اجرای تعهد تخلف کرده باشد یا بدون عمد.

در هر حال همین که بتوان عدم اجراء را مربوط بمتعهد نمود مسئولیت مشار الیه محرز می باشد ، اعم از این که عمل او از روی عمد بوده و یا بدون عمد ، بنا بر این لازم نیست که متعهد در انجام تعهد خود مرتکب تقصیری شده باشد تا مسئول خسارات متعهدله گردد و بر عکس مطابق همان مادهٔ ۲۲۷ اگر عدم اجراء تعهد در نتیجه علت خارجی باشد که نتوان مربوط بمتعهد نمود و همچنین مطابق مادهٔ ۲۲۹ هر گاه عدم اجراء تعهد در نتیجه حادثهٔ باشد که دفع آن خارج از حیطه اقتدار متعهد است مشارالیه بهیچوجه مسئول خسارات طرف نخواهد بود.

از مفاد دو مادهٔ مذکور معلوم میشود که مستند نبودن عدم انجام بشخص متعهد ممکن است در نتیجه دو امر باشد ، یکی اینکه مشارالیه در نتیجه علت خارجی که نمی توان مربوط باو نمود نتواند تعهد خود را انجام دهد ، و دیگری در نتیجه حادثهٔ که دفع آن از حیطه اقتدار او خارج می باشد ، و اگر در این دو شق تدقیق شود در بادی امر تصور خواهد شد که این دو فرض علیحده نبوده و ذکر شق دوم زائد می باشد - چه با ذکر این قاعدهٔ که اگر یك نفر بمحض این که امر خارجی غیر

مربوط باو او را ممنوع از انجام تعهد کند مسئول خسارت نمی باشد ، دیگر لازم نیست که شق دوم نیز ذکر گردد زیرا حادثهٔ که دفع آن از حیطه اقتدار شخص خارج باشد قطعاً امری است که نمیتوان مربوط باو نمود ، وبنا براین این فرض هم مثل فرض اول بوده و دیگر محتاج بتکرار ثانوی نبوده.

این تصور مقرون بحقیقت نیست ، زیرا دو فرض مزبور فوق دو وضعیتی است بکلی متفاوت ؛ و در یکی برای متعهد قدرت دفع و جلو گیری فرض ؛ و در دیگری برای او این قدرت فرض نشده است - بنا بر این باید گفت که هرگاه متعهد بتواند از علت خارجی که نمی توان مربوط باو نمود جلو گیری کند و نگذارد که آن علت مانع از انجام تعهد او بشود و اقدام باین امر نکند ؛ دیگر نمی توان گفت که مسئول خسارات نخواهد بود ، زیرا جلوگیری نکردن از مانع با وجود داشتن قدرت برجلوگیری ، آن علت را مربوط بمتعهد مینماید ، و از این حیث مسئول خسارات میباشد . وبر عکس در شق دوم هیچ بحثی بر متعهد نیست زیرا که برای او بهیچوجه قدرت نبوده است که از وقوع حادثه جلوگیری نماید ، و در اینصورت نه فقط امر امریست خارجی که بهیچوجه مربوط بمتعهد نمیباشد ، بلکه با کمال میلی هم که ممکن است متعهد برای جلوگیری از آن داشته است این جلوگیری ازحیطه اقتدار اوخارج وبنابراین ، آن امر نمیتوانسته است باو مربوط گردد.

۲۶۶ - ج - جبران خسارت باید در عقد تصریح شده و یا عرفاً به منزله تصریح باشد .

این شرط بموجب ماده ۲۲۱ مقرر شده است ، ماده مزبور خواسته است که تعهد متعاقدین کاملا بموقع اجرا گذاشته شود ، باین معنی که اگر عادتاً معامله از جمله معاملاتی باشد که خسارات حاصله از عدم اجرا باید جبران گردد ، متخلف مسئول خسارات طرف مقابل بشود و لو اینکه این نکته در عقد تصریح نشده باشد ، زیرا چون مطابق ماده ۲۲۵ « متعارف بودن امری در عرف و عادت بطوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد بمنزله ذکر درعقد است » لذا قصد طرفین از عدم تصریح جبران خسارت نباید تعبیر بنفی آن شود ، بلکه باید چنین تعبیر گردد که طرفین با در نظر گرفتن این ماده خودرا محتاج بتصریح ندیده اند ، و بر عکس اگر عقد نوعاً مربوط بمعاملهٔ باشد که عرف و عادت متخلف از اجرای آن را ملزم بتادیه خسارت نمیداند باید جبران

خسارت‌درعقدتصریح شده‌باشد.پس‌دراین امورتشخیص‌موضوع‌امری‌است نظری‌و برعهده قاضی‌قضیه است که مورد را با عرف و عادت منطبق نموده به بیند ممکن است متخلف را محکوم بجبران خسارت بنماید یا نه ـ

ولی لازم است این نکته خاطرنشان گردد که غالباً متعاملین بیکدیگر اعتمادداشته و باین قصد معامله مینمایند که مقررات و شرائط آن را با کمال حسن نیت بموقع اجرا گذارند ، و بنا بر این هیچیک متوقع نیست که دیگری واو بدون عمد هم از اجرای تعهدات خود امتناع نماید ، تا چه رسد باینکه تعمدی هم در بین باشد ، پس اگر احد متعاملین از اجرای تعهدات خود استنکاف نماید بدیهی است محکمه نظر بعرف و عادت او را محکوم بجبران خسارت مینماید .

در هر حال چون تشخیص قضیه امری است نظری لذا قاضی باید با در نظر گرفتن تمام اوضاع واحوال حکومت نماید که حتی‌المقدور هم قصد طرفین و هم معمول به‌عرف منظور گردد .

۲۶۷ ـ د ـ مدت مقرر برای انجام تعهد منقضی شده باشد ـ مطابق ماده ۲۲۶ « در مورد عدم ایفاء تعهد از طرف یکی ازمتعاملین طرف دیگر نمیتواند ادعای خسارت نماید مگر اینکه برای ایفاء تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد»

البته بدیهی است‌که هرگاه در معامله برای انجام تعهد مدت معینی مقررشده باشد ، مقصود طرفین‌آن بوده‌است‌که در سر وعده تعهد خود را بموقع اجرا بگذارند و هرگاه تخلف کردند از عهده خسارات طرف برآیند .

ولی این نکته نیز بدیهی است که اگر یکنفر بخواهد خساراتی را که از عدم انجام تعهد در سر وعده بر او وارد میگردد طرف مقابل جبران بنماید ، باید آن را مطالبه بکند چه ممکن است متعهدله منافع خودرا با عدم انجام تعهد در سر موعد منطبق یافته و متعمداً بمقام مطالبه انجام آن بر نیاید ، و بعبارت اخری در نتیجه سکوت خود یکنوع رضایتی ابراز کرده و عمل متعهد را تنفیذ کند ، بنا بر این ماده ۵ قانون موقتی راجع بخسارات چنین مقرر داشته است « اشخاص ذیحق میتوانند قبل از اقامه دعوی در محاکم عدلیه حق خودرا بوسیله ورقه مخصوص (اظهار نامه) و بتوسط مدیر دفتر یکی از محاکم صلح یا بدایت یا تجارت از طرف مطالبه نمایند مشروط بر اینکه موعد مطالبه

حق رسیده باشد در اینصورت هر گاه طرف حق مطالبه کننده را نداد و بعد در محاکم عدلیه محکوم شد خسارت (موافق تعرفه وزارت عدلیه) از روز ابلاغ ورقه مطالبه «اظهار نامه» محسوب خواهد شد »

مقصود از ماده مزبوره آنست که صاحب حق بتواند ، بدون توسل باقامه دعوی که همیشه مستلزم مخارج وغالباً موجب اتلاف وقت است ، عدم میل خود را نسبت بتاخیر در انجام تعهد اظهار داشته و متعهد را بوسیله اظهارنامه بانجام تعهد دعوت کند تا دیگر نتوان سکوت او را موجب رضا فرض نمود .

در آخر ماده مزبوره فوق قید شده است که هرگاه طرف حق مطالبه کننده را نداد و بعد در محاکم عدلیه محکوم شد خسارت از روز ابلاغ ورقه اظهار نامه محسوب خواهد شد . این قسمت راجع است بمواردی که عدد ایام در تعیین مقدار خسارت مؤثر باشد ، مثلا اگر کسی در ضمن عقد شرط کرده باشد که در صورت تاخیر درانجام تعهد ملزم است که برای هر روز تاخیر فلان مبلغ بدهد دراین صورت خسارت وارده برمتعهد له از روز مطالبه محسوب خواهد شد . زیرا فرض میگردد مادام که صاحب حق بمقام مطالبه بر نیامده است از حق خسارات خود صرف نظر و تاخیر را تجویز مینماید بعبارة اخری خود اقدام بضرر خود مینماید و بر متعهد تحمیل نخواهد بود .

مطالبه رسمی یعنی ابراز عدم میل بتاخیر در انجام تعهد از طریق رسمی لازم نیست حتماً بوسیله اظهار نامه بعمل آید زیرا شاید صاحب حق بداند که طرف او یعنی متعهد مصر در عدم انجام وظیفه بوده ، و به اظهار نامه او بهیچوجه ترتیب اثر نخواهد داد ، و بنا بر این صرفه خود را چنین تشخیص دهد که بدون توسل به اظهار نامه مستقیماً اقامه دعوی کند ، در این صورت خود اقامه دعوی برای ابراز عدم رضایت بر تاخیر در اجرای تعهد کافی و خسارات صاحب حق باید از روز اقامه دعوی محسوب گردد .

ممکن است اصلا در معامله برای انجام تعهد وقتی مقرر نشده باشد در این صورت مطابق قسمت اخیر ماده ۲۲۶ طرف وقتی می تواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام با او بوده و ثابت نماید که انجام تعهد را مطالبه نموده

است — در این مورد توسل به اظهار نامه که فوقاً ذکر شد از حیث اثبات مطالبه مفید خواهد بود .

۲۶۸ - برای احتراز از مشکلات راجعه بجبران خسارتی که ممکن است از عدم اجراء تعهد تولید شود ، متعاملین میتوانند ضمن معامله شرط کنند که در صورت تخلف متخلف مبلغی بعنوان خسارت تادیه نماید این شرط درحقیقت تخمینی‌است که خود متعاملین قبلا از خساراتیکه ممکن است در نتیجه عدم اجرای آن تولید گردد بعمل میاورند ، و بدین طریق ، هم تا اندازهٔ اجرای تعهد تامین ، و هم در صورت عدم اجراء تعیین مقدار خسارت را از دست قاضی گرفته و خود معین می نمایند ، چنانکه مادهٔ ۲۳۰ مقرر میدارد « اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی بعنوان خسارت تادیه نماید حاکم نمیتواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند »

پس معلوم میشود که خود طرفین میتوانند خسارت را تعیین نموده و دیگر حاکم قضیه نخواهد توانست که در تخمین میزان آن اظهار نظر نماید .

مبحث سوم

دراثر عقود نسبت باشخاص ثالث

۲۶۹ - قود و اعتبار معاملات و بعبارة اخری لازم الاتباع بودن آن ها برای طرفین است .

مؤثر بودن عقد در بارهٔ متعاملین و عدم تاثیر آن در بارهٔ غیر آنها امری است طبیعی و همین معنی را مادهٔ ۲۳۱ بطریق ذیل بیان نموده است « معاملات و عقود فقط در بارهٔ طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آن ها مؤثر است مگر در مورد مادهٔ۱۹۶ و ماده مزبوره از قرار ذیل است « کسیکه معامله میکند آن معامله برای خود آن‌شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد خلاف آنرا تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود معذالك ممکن است در ضمن معاملهٔ که شخص برای خود می کند تعهدی هم بنفع شخص ثالثی بنماید »

از مفهوم دو مادهٔ فوق معلوم میشود که اثر عقد فقط دربارهٔ طرفین متعاملین و

قائم مقام قانونی آنها است ، و معاملات نسبت باشخاص ثالث بهیچوجه مؤثر نمی باشدمگر در موردی که طرفین متعاملین در ضمن عقدی که بنام خود مینمایند تعهدی هم به نفع شخص ثالث بنمایند .

قبلا لازم است عبارت شخص ثالث را که در مواد مختلفه قانون مدنی استعمال‌شده است معنی نموده و بفهمیم که مقصود از شخص ثالث کیست.

بطور کلی شخص ثالث عبارت است از هر شخصی که خواه مستقیماً و خواه بتوسط نماینده صلاحیت دار خود در معامله دخالت نداشته است. بنابر این در عقدیکه مابین دو نفر وکیل واقع میشود و هر یك بنام موکل خود اقدام می نماید موکلین شخص‌ثالث محسوب نمی گردند ، اگر چه در ظاهر شخصا دخالتی در عقد نداشته اند . و همچنین وارث نسبت به مورث شخص ثالث محسوب نمیشود ، زیرا که هر وارثی قائم مقام قانونی مورث خود میباشد و مطابق ماده ۲۳۱ عقود در باره قائم مقام قانونی متعاملین مؤثر است .

قائم مقام بودن وارث برای مورث خود بنحو مطلق و بطور کلی است ، یعنی پس از فوت مورث ، وارث در کلیه مسائل مربوطه بامورمالی مورث ، قائم مقام اومحسوب میگردد ، و کاهی هم اتفاق می افتد که یك نفر بدون اینکه وارث کسی باشد در مورد خاصی قائم مقام آن شخص محسوب میشود و این در صورتیست که ید آن یکنفر مستند به ید این یکنفر باشد — توضیح آنکه اگر کسی نسبت بچیزی حقی داشته باشد آن چیز را نمی تواند بدیگری منتقل نماید مگر در حدود حق خود — پس حد اعلای‌حقوقی که منتقل الیه یعنی یدلاحق میتواند نسبت بچیزی‌داشته باشد ، همان حقوق منتقل یعنی‌حقوق ید سابق بر او خواهد بود . بنا براین اگر کسی نسبت بملك خود برای ملك دیگری حق ارتفاقی تفویض نموده باشد ، و بعد آن ملك را بفروشد ، مشتری جدید مجبوراست که حق الارتفاق را محترم بشمارد ، زیرا که در این معامله ید مشتری ید بایع است و به عبارة اخری مشتری قائم مقام قانونی بایع محسوب است . و همچنین اگر کسی نسبت بملك خود حق ارتفاقی تحصیل نموده باشد و بعد آن ملك را باآن‌حق‌بفروشد مالك جدید بهمان ترتیب از آن حق استفاده خواهد کرد.

ید لاحق نسبت بکلیه معاملاتی که از طرف ید سابق ، خواه برای ازدیاد، وخواه برای تنقیص، وخواه برای تحکیم ، وخواه برای تغییر حقوق خود در مالی که‌مورد انتقال

است بعمل آمده باشد ، قائم مقام ید سابق خواهد بود . و بر عکس در معاملاتی که برای ازدیاد یا تنقیص و یا تحکیم و یا تغییر حقوق نباشد قائم مقام او محسوب نمی گردد و لو اینکه آن معامله بطور غیر مستقیم مربوط بعین مورد انتقال باشد . مثلا اگر کسی با بیلداری قرار داده باشد که باغ او را در ازاء اداء مبلغی بیل بزند و بعد آن باغ را بفروشد نه مشتری جدید می تواند از بیلدار اجراء تعهد خود را خواستار گردد و نه بیلدار میتواند بمشتری جدید رجوع کند و بر عکس اگر کسی از باغ خود به دیگری حق مجری داده باشد و بعد باغ خودرا بفروشد صاحب حق مجری میتواند به مشتری که در این مورد قائم مقام بایع است مراجعه کرده و حق خودرا مطالبه نماید .

در مورد عدم تاثیر عقود نسبت به اشخاص ثالث ممکن است ماده ٤۹۸ که بموجب آن « اگر عین مستاجره بدیگری منتقل شود اجاره بحال خود باقی است مگر اینکه موجر حق فسخ در صورت نقل را برای خود شرط کرده باشد» تولید اشکال کند زیرا از ماده مزبوره میتوان چنین استنباط نمود که بر خلاف مطالب فوق عقد اجاره که بین موجر و مستاجر واقع شده است نسبت بمشتری عین مستاجره که شخص ثالث است موثر می باشد و حال آنکه عقد مزبور نه برای ازدیاد و نه برای تنقیص و نه برای تحکیم و نه برای تغییر حق مالك بوده است .

این استدلال فقط ظاهری است ، زیرا که عقد اجاره موجب تملیك منافع عین مستاجره بوده ، و بالنتیجه مربوط است به تقلیل حقوق مالك در عین مزبوره و بنا بر این باید مطابق آنچه که فوقاً مذکور شد در باره مشتری که قائم مقام بایع است نیز مؤثر واقع شود .

۲۷۱ ـ نسبت بقاعده مندرجه در ماده ۲۳۱ که بموجب آن عقود در باره متعاملین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است ، در قانون تجارت استثناء مهمی قائل شده اند ، زیرا که قسمت اخیر ماده ۳۰۹ قانون تجارت مقرر میدارد که بعد از تصدیق قرار داد ارفاقی که بین طلبکاران تاجر و رشکسته و خود تاجر منعقد می شود ، طلبکارهائیکه جزو اکثریت نبوده و قرار داد را هم امضاء نکرده اند ، میتوانند سهم خودرا موافق آنچه از دارائی تاجر بطلبکارها میرسد ، دریافت نمایند ، لاکن در آتیه نمی توانند از دارائی تاجر ورشکسته بقیه طلب خود را مطالبه کنند ، مگر پس از تأدیه تمام طلب

کسانی که در قرار داد ارفاقی شرکت داشته یا آنرا امضاء نموده اند .

پس بموجب این ماده قرار داد ارفاقی که بین یك قسمتی از طلبکاران تاجر ورشکسته و خود آن تاجر منعقد می گردد تا اندازهٔ نسبت به طلب کارانی که در اقلیت بوده و قرار داد مزبور را هم امضاء ننموده اند مؤثر می باشد ، و آن ها را از مطالبه بقیه طلب خود تا موقعی که سایر طلب کاران تمام طلب خود را دریافت نکرده اند ممنوع می دارد .

فصل پنجم

دربیان شرایطی که در ضمن عقد میشود

مبحث اول

در اقسام شرط

۲۷۲ ـ ممکن است طرفین متعاملین در ضمن عقد اصلی که منظورشان میباشد شرایط دیگری نیز راجع بهمان عقد ، و یا راجع بموضوعات دیگری قید نمایند ولی طرفین مزبور مختار نیستند هر شرطی را که میخواهند قید کنند ، زیرا بعضی از شرایط است که بموجب قانون باطل و بعضی دیگر هم باطل و هم موجب بطلان عقد میباشد .

۲۷۳ ـ مطابق ماده ۲۳۳ شرایطی که هم باطل و هم موجب بطلان عقد می شود از قرار ذیل است .

۱ ـ شرط خلاف مقتضای عقد ۲ ـ شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل بعوضین شود .

الف ـ شرط خلاف مقتضای عقد شرطی است که مخالف مقصود طرفین از انعقاد عقد باشد ، مثلا اگر در ضمن عقد بیع که مقصود از آن تملیك عینی است بمشتری در مقابل قیمت معین ، شرط شود که مشتری مالك عین نباشد ، این شرط بر خلاف مقصود طرفین و بالنتیجه بر خلاف مقتضای عقد است ، و بنا بر این نه فقط خود شرط باطل است بلکه مبطل عقد هم میباشد .

ب ـ شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل بعوضین شود ، یعنی در ضمن

عقد شرطی شود که بواسطه بودن آن ، احد طرفین نتواند قطعاً بداند ؛ که‌چه تعهد کرده و یا طرف چه تعهدی را نموده است مثلا اگر کسی خانه خود را بفروشد بمبلغ معینی بشرط اینکه مشتری چیزی هم باضافه قیمت باو بدهد دراین صورت این‌شرط شرط مجهولی است که بواسطه بودن آن بایع نمی تواند منجزاً معین کند که خانه خود را در مقابل چه ثمنی فروخته است زیرا که ممکن است مشتری چیزی را بدهد که اصلا مالیت نداشته باشد.

۲۷٤ ـ مطابق ماده ۲۳۲ شرایطی که‌باطل ولی موجب بطلان عقد نمیشودبقرار ذیل است :

۱ ـ شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد ۲ ـ شرطیکه در آن نفع و فایده نباشد ۳ ـ شرطیکه نا مشروع باشد .

الف ـ شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد ـ مثل شرطی است که بهیچوجه قید نشده باشد ، زیرا که طرفین با قید چنین شرطی عدم علاقه‌خود را باجرای آن معین نموده اند ، و بهیچ وجه نمی توان گفت که برای شرط مزبور اهمیت خاصی را قائل شده و قاصد در انجام آن بوده اند ، بعبارت اخری چون طرفین قصد اجرای آن را نداشته اند دیگر نمی توان ادعا نمود که عقد بر خلاف مقصود آن ها انجام یافته و بالنتیجه باطل باشد .

ب ـ شرطیکه در آن نفع و فایده نباشد ـ اگر طرفین چنین شرطی را در عقد نمایند این شرط نیز مثل شرطی است که انجام آن غیر مقدور میباشد وکان لم‌یکن خواهد بود . زیرا اگر طرفین با علم باینکه هیچ فائدهٔ نمی تواند بر این شرط مترتب گردد آنرا در معامله قید کرده باشند معلوم میشود که به شرط اهمیتی قائل نبوده اند پس چنین شرط‌اهمیتی را که موجب انعقاد عقد بوده باشد دارا نبوده و امر مهملی خواهد بود و بامر مهمل هیچ نمیتوان ترتیب اثر داد .

ج ـ شرطی که نامشروع باشد ـ این شرط نیز در حکم دو شرط فوق‌است زیرا وقتی که طرفین میدانند انجام امری قانوناً ممکن نیست وباوجود این آن را قید مینمایند بدیهی است که عدم علاقه خود را بشرط مزبور نشان می دهند و در مسائل‌حقوقی امری که قانوناً انجام آن غیر مقدور می باشد مثل امری است که حقیقتاً نمی توان آن را انجام داد .

۲۷۵ ـ اگر درهریك از اقسام شرایط مذکور فوق یعنی از یکطرف ،در شرایطی که هم باطل و هم مبطل عقد هستند ، و از طرف دیگر در شرایطی که فقط باطل بوده ولی مبطل عقد نمیباشند ، دقت شود . فوراً علت این تفاوت معلوم میگردد ،زیرا شرایط باطلهٔ که مبطل عقد نمی باشند تماماً شرایطی هستند که بهیچو جه در انعقاد یا عدم انعقاد معامله نمی‌توانند مؤثر گردند . و بهیچوجه نمیتوان گفت شرطی که طرفین میدانند عملا و یا قانوناً انجام آن غیر مقدور است یا شرطی که در آن برای مشروط له نفعی متصور نیست ، مؤثر در عقد بوده است و اگر چنین شرطی قید نمی گشت اصلا جزئیات عقد بطریقی که بین طرفین مقرر شده است معین نمی گردید ـ بر عکس شرایطی که هم باطل و هم مبطل عقد است ، شرایطی است که مالیت داشته و در حقیقت طرفین متعاملین با در نظر گرفتن ارزش آن سایر جزئیات معامله خود را معین مینمایند، کهاگر آن شرط نمی بود، معامله واقع نمی گشت ، بنا بر این آن‌شرط جزئی از ثمن معامله محسوب و باید بطلان آن موجب بطلان عقد گردد .

۲۷۶ ـ مطابق مادهٔ ۲۳٤ شرایطی که ممکن است در ضمن عقد شرط نمود بر سه قسم تقسیم شده ،

۱ ـ شرط صفت ۲ ـ شرط نتیجه ۳ ـ شرط فعل اثباتاً یا نفیاً ـ

مادهٔ مزبوره برای هر یك از این سه قسم شرط تعریفی مقرر داشته استو بموجب این ماده شرط صفت عبارت است از شرط راجعه بکمیت یا کیفیت مورد معامله ـ یعنی شرطی که بموجب آن مقدار و اوصاف مورد معامله تعیین میشود . مثلا اگر کسی در موقع خریدن فرش قید نماید که این فرش را بشرط داشتن فلان مقدار عرض وطول یا بشرط نداشتن رنك جوهری میخرد ، این دو شرط شرط صفت است زیرا اولی راجع است بکمیت‌فرش ودومی‌راجع است‌بکیفیت آن.

۲۷۷ ـ شرط نتیجه آنست که تحقق امری در خارج شرط شود یعنی طرفین ضمن عقد شرط کنند که فلان امر نیز در خارج تحقق پیدا نماید مثلا اگر کسی در ضمن عقد بیع شرط کند که هر گاه تمام مثل ثمن را بمشتری رد نماید از طرف مشتری وکیل است که مبیع را بخود منتقل نماید این شرط شرط نتیجه است و بمحض وقوع‌عقد بیع وکالت هم که امری است خارج از بیع تحقق یافته و بایع از طرف مشتری وکیل

در انتقال مبیع می شود .

۲۷۸ - شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام بفعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود یعنی در ضمن عقد قید گردد که احد متعاملین یا شخص ثالثی بفلان امر اقدام کند ، و یا از اقدام بفلان امر خودداری نماید ، در صورت اولی شرط فعل ، مثبت و در صورت دوم منفی میباشد .

مبحث دوم

در احکام شرط

۲۷۹ - برای هر یك از شرایط سه گانه فوق ، یعنی شرط صفت و شرط نتیجه و شرط فعل ، قانون مدنی احکامی معین نموده است ، و بعلاوه احکام مشترکی نیز برای آنها موجود است ، که یکی مشترك بین تمام اقسام شرط ، و یکی دیگر مشترك بین شرط صفت و شرط فعل میباشد .

مطابق ماده ۲۳۵ « هر گاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست کسی که شرط بنفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت» این خیار فسخ را خیار تخلف شرط میگویند و درضمن خیارات مفصلاً مذکور خواهد شد .

۲۸۰ - در شرط نتیجه که ضمن عقد میشود ممکن است حصول آن نتیجه موقوف بسبب خاصی باشد و ممکن است که موقوف بسبب خاصی نباشد . یعنی ممکن است که برای حصول آن نتیجه رعایت ترتیبات خاص مقرر نشده باشد ، در صورت اول شرط باطل ، و در صورت دوم شرط به محض اشتراط حاصل می شود . مثلا اگر کسی در ضمن عقد بیع شرط کند که فلان زن زوجه فلان مرد باشد ، چون برای حصول این شرط ترتیبات خاصی بغیر از ترتیبات راجعه بعقد بیع مقرر است ، لذا شرط ممکن نیست بدون آن ترتیبات حاصل شود ، و بالنتیجه باطل خواهد بود . وبر عکس اگر درضمن همان عقد بیع شرط شود که بایع وکیل است که درظرف مدت معینی مثل ثمن را رد کرده و مبیع را بخود منتقل کند ، وکالت به محض اشتراط و وقوع عقد بیع حاصل خواهد شد .

۲۸۱ – بموجب مادهٔ ۲۳۷ «هر گاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم بانجام شرط شده است باید آن را بجا بیاورد و درصورت تخلف طرف معامله میتواند بحاکم رجوع نموده تقاضای اجبار بوفاء شرط را بنماید »

حکمی که اینمادهٔ متضمن است موافق با اصل کلی است که هر کس باید بتعهد خود عمل نماید ، اعم از اینکه تعهد او مثبت باشد ، یعنی متعهد شده باشد که فلان امر را انجام دهد، و یا منفی، یعنی متعهد شده باشد که از اقدام بفلان امر خودداری کند. پس اگر کسی فعلی را که شرط انجام آن را نموده است انجام ندهد، باید اجبار بانجام آن شود، و اگر فعلی را که تعهد ترك آن را نموده است انجام دهد، باید در صورت امکان اجبار شود که آنعمل انجام شده را بر هم زند ، مثل اینکه کسی شرط کرده باشد که درفلان زمین بناء نسازد، و بر خلاف عهد خود بنائی کند، در اینصورت اجبار می شود که بنا را خراب نماید ، و اگر برهم زدن عمل ممکن نباشد باید محکوم بجبران خسارت شود .

اجبار اشخاص بانجام یك عمل امری است تقریباً غیر مقدور، زیرا مادام که شخص ارادهٔ انجام امری را ننماید، ممکن نیست آن را انجام دهد ، وهیچ کس را هم نمی‌توان ولو با توقیف وحبس مجبور نمود که انجام امری رااراده کند ، پس عمل کردن بمفاد مادهٔ ۲۳۷ که بموجب آن مشروط له می تواند از حاکم تقاضای اجبار مشروط علیه را بنماید مؤثر در نتیجه نخواهد بود، و برای جلوگیری از این پیش آمد است که مقررات مادتین ۲۳۸ و ۲۳۹ اتخاذ شده است:

۲۸۲ – مطابق مادهٔ ۲۳۸ « هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم بانجام آن غیر مقدور ولی انجام آن بوسیله شخص دیگری مقدور باشد حاکم میتواند بخرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند »

انجام فعل مشروط، بوسیله شخص غیر مشروط علیه ، وقتی مقدور است که مقصود مشروط له از قید شرط فقط انجام آن بوده ، ولو اینکه بوسیله شخص دیگری باشد . در اینصورت مطابق مادهٔ فوق آن عمل باید بخرج مشروط علیه انجام یابد ، مثلا اگر متعاملین در ضمن عقد شرط کرده باشند که یکی از آن ها برای دیگری کتاب گلستان خطی بنویسد و معلوم شود که قصد مشروط له نوشته شدن کتاب بوده است بوسیله هر کس که

باشد، باید حاکم حکم کند که آن کتابرا یکنفر دیگر بنویسد و مخارج آن از دارائی مشروط علیه متخلف استیفاء کردد،

۲۸۳ ـ ممکن است که قصد مشروطله نه فقط این بوده باشد که فعل مشروط انجام یابد، بلکه شاید نظر باین داشته که عمل توسط شخص مشروط علیه انجام پذیر گردد، مثلا اگر در موضوع نوشتن کتاب گلستان که فوقاً ذکر شد، طرف معامله خطاط مشهور و ماهری بوده باشد، بدیهی است که قصد مشروط له از قبول شرط این بوده است که کتاب بتوسط شخص مشروط علیه نوشته شود نه بتوسط شخص دیگری. در اینصورت ماده ۲۳۹ چنین مقرر میدارد «هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم ازجمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند ازجانب اوواقع سازدطرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

۲۸٤ ـ غیر مقدور بودن انجام فعل مشروط ممکن است در نتیجه سوء اراده مشروط علیه نبوده بلکه در نتیجه این باشد که انجام امر واقعاً غیر ممکن استدراینصورت اگر طرفین در حین عقد میدانستند که انجام فعل محال است، بطوری که سابقا مذکور شد شرط باطل ولی عقد صحیح خواهد بود، ولی هرگاه انجام شرط بعد از عقد ممتنع شود ویامعلوم‌شود که حین‌العقد ممتنع بوده و طرفین یا مشروط له تنها از ممتنع بودن آن بی اطلاع بوده مطابق ماده ۲٤۰ کسیکه شرط برنفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع مستند بفعل مشروطله باشد.

۲۸۵ ـ شرط فعل که در معاملات قید میشود ممکن است عبارت از دادن رهن یا ضامن باشد برای آنچه که احد متعاملین یا هردو بواسطه معامله مشغول‌الذمه میشوند.

شرطیکه برای دادن رهن میشود ممکن است یا ناظر بر این باشد که مشروط علیه مال معینی را بعنوان رهن دهد، و یااینکه منظور متعاملین صرف و ثیقه باشد، در هر دو صورت باید متعهد موافق شرطی که شده است عمل کند، ولی در شرط رهن دادن مال معین ممکن است که آن مال قبل از آنکه برهن دادەشود تلف یامعیوب گردد. در اینصورت مطابق ماده ۲٤۲ مشروط له اختیار فسخ معامله را خواهد داشت نه حق مطالبه عوض رهن یاارش عیب. یعنی هرگاه مال معینی که بنا بود رهن داده شود قبل از قبض تلف شود دیگر طرف معامله نمیتواند از مشروط علیه تقاضا نماید که بجای آن

مال مال دیگریرا برهن دهد ، مگر اینکه خود مشروط علیه باین امر راضی باشد، وهم چنین اگر مال مزبور معیوب شود مشروطله نمیتواند تقاضا کند که مشروط علیه همان‌مال را برهن‌داده و تفاوت قیمت حاصل از معیوبی را تادیه کند .

قسمت اخیر مادهٔ ۲٤۲ حکم موردیرا معین میکند که مال مرهون بعد ازقبض تلف یا معیوب شود که در این صورت مشروط له حق فسخ معامله را هم‌نخواهد داشت.

۲۸٦ — در مورد شرط دادن ضامن هم مادهٔ ۲٤۳ مقرر داشته است که‌هرگاه مشروط علیه از انجام شرط استنکاف کند و این شرط انجام نگیرد مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت .

۲۸۷ — حکم مشترك بین شرط صفت و شرط فعل عبارت است از حقی که مشروط له برای اسقاط شرط دارد ، یعنی در صورتیکه شرط ضمن عقد شرط صفت ویا شرط فعل باشد ، مشروط له میتواند از عمل بان شرط صرف نظر نماید ، و هرگاه‌صرف نظر کرد، مثل آنست که این شرط در معامله قید نشده باشد. ولی مطابق مادهٔ ۲٤٤ این حکم شامل شرط نتیجه نبوده و شرط مذکور قابل اسقاط نیست.

قابل اسقاط نبودن شرط نتیجه برای این است که شرط مزبور بمحض‌اشتراط حاصل می شود و دیگر ممکن نیست‌امری‌را که حاصل شده است از آن صرف نظرنموده و چنین تصور کرد که آن شرط قید نشده است .

۲۸۸ ـ مطابق مادهٔ ۲٤٥ اسقاط حق حاصل از شرط ممکن است بلفظ باشد یا بفعل ، یعنی عملی که دلالت براسقاط شرط نماید ، پس اگر مشروط له لفظی ادانماید که خواه صراحتاً و خواه ضمناً یابا مقرون بودن بقرائن ؛ دلالت کند بر اینکه از عمل بشرط صرف نظر مینماید ، حق حاصل از شرط اسقاط میشود ،و همچنین اگر مشروط له اقدام بفعلی کند که دلالت بر اسقاط باشد ، حق حاصل از شرط ساقط میشود ، مثلا اگر در ضمن عقد بیع شرط شده باشد که مشتری علاوه برثمن فلان اسب خود را هم در مدت معینی ببایع عاریه دهد ، و بعد مشتری همان اسب را بدیگری بفروشد و بایع هم ضمانت عیب آن را بنماید ، و یا بخود بایع بفروشد ، هر یك از این دو عمل بایع که یکی عبارت از ضمانت و دیگری خرید باشد ، دلالت میکند بر اینکه بایع ازحق‌خود که از شرط حاصل شده، صرف نظر نموده و آنرا اسقاط مینماید.

۲۸۹ ـ بعد از اینکه عقدی واقع شد و ضمن آن شرطی مقرر گردید ،ممکن است که خود عقد باقاله یافسخ بهم بخورد . در اینصورت چون شرط از متفرعات عقد محسوب است ، بدیهی است که اگر اصل برطرف شود فرع نیز باید از میان برود. بنا براین هرگاه عقد با قاله یافسخ بهم بخورد ، شرط ضمن آنهم باطل میشود ، زیرا که عقد واقع بین طرفین اصل و شرط ضمن آن از متفرعات عقد میباشد . ولی ممکن است درحین اقاله یافسخ مشروط علیه عمل بشرط کرده باشد ، در اینصورت حق خواهد داشت که عوض آنرا از مشروط له بگیرد . حکم این مورد را قسمت اخیر مادهٔ ۲٤٦ بطریق ذیل مقرر داشته « و اگر کسیکه ملزم بانجام شرط بوده است عمل بشرط کرده باشد می تواند عوض اورا از مشروط له بگیرد »

فصل ششم

در معاملاتیکه موضوع آن مال غیراست یا معاملات فضولی

۲۹۰ ـ در متن قانون مدنی هیچ تعریفی از معاملات فضولی نشده است ، ولی از عنوان فصل راجع باین موضوع ، میتوان برای معاملات فضولی تعریفی استخراج نمود ، چه در عنوان فصل قید شده است « در معاملاتیکه موضوع آن مال غیراست یا معاملات فضولی »

پس معامله فضولی عبارتست از معاملهٔ که موضوع آن مال غیر باشد ، و این معامله را باین جهت فضولی میگویند که مداخله در مال غیر است بدون اذن مالك.

مطابق مادهٔ ۲٤۷ « معامله بمال غیر جز بعنوان ولایت یاوصایت یا وکالت نافذ نیست ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد ولی اگرمالك یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آنرا اجازه نمود در این صورت معامله صحیح ونافذ میشود »

ولی یا وصی یا وکیل ، قائم مقام قانونی مولی علیه یاموکل است ، وبنا براین هرعملی که باین سمت بنماید برای مولی علیه یاموکل محسوب بوده ، و بهیچوجه جزو معاملات فضولی محسوب نمیکرد .

از ظاهر مادهٔ استنباط می شود که علاوه بر وصی یا وکیل یا ولی احدی

نمی تواند نسبت بمال غیر معامله نافذی بکند ، و حال آنکه بطوری که سابقاً هم تذکر دادیم ممکن است که حاکم در موارد مقتضیه قانونی نسبت بمال غیر معامله نماید، مثلا تصرف دادن اموال محکوم علیه مستنکف به محکوم له از جمله مواردی است که حاکم مال غیر را انتقال می دهد بدون اینکه نفوذ این انتقال متوقف باجازه مالك باشد.

درهرحال هر معامله که بتوسط غیر اشخاص مذکور فوق نسبت باموال غیر بعمل آید فضولی محسوب ونفوذ آن محتاج بتنفیذ خود مالك است که اگر معامله را اجازه وتصویب نمود نافذ والا باطل خواهد بود .

عدم نفوذ معاملات فضولی نه فقط در مواردی است که مالك راضی بوقوع آن معامله نباشد بلکه در مواردی هم که معامله بنفع مالك بوده و مشار الیه هم باطناً بوقوع آن راضی باشد معامله فضولی و غیر نافذ است .

۲۹۱ - اجازه مالك نسبت بمعامله فضولی بهرلفظ یا فعلی که دلالت برامضاء عقد نماید حاصل میشود (ماده ۲۴۸)

پس اگر بعد از وقوع معامله فضولی ، مالك مالی که مورد معامله بوده ، لفظی اداء نماید و یا اقدام به عملی کند که دلالت برامضاء عقد و تنفیذ معامله داشته باشد ، آنمعامله نافذ خواهد بود ، مثلا اگر کسی خانه دیگری را به بیع فضولی بفروشد ، وبعد خود مالك آن خانه را ازمشتری اجاره کند ، این عمل مالك دلالت برتنفیذ واجازه معامله فضولی کرده و معامله مزبوره در نتیجه اجازه نافذ میشود .

فعلی که ازمالك ناشی میشود بایدطوری باشد که واقعاً دلالت براجازه نماید ، بنا براین افعالی که اجازه معامله فضولی را از آن ها نمی توان استنباط نمود دلیل اجازه محسوب نمیگردد .

۲۹۲ - اگر مالك در مجلسی که راجع بمال او معامله میشود ، سکوت اختیار نماید ، سکوت اورا نمیتوان حمل بررضای او نمود . این مورد مخصوصاً در ماده ۲۴۹ بطریق ذیل تصریح شده است «سکوت مالك ولو باحضور در مجلس عقد اجازه محسوب نمیشود .» تصریح این مورد بخصوص ، درقانون مدنی ، برای این است که معمولا گفته میشود (سکوت موجب رضا است) وقانون در این مورد نخواسته است سکوت را موجب رضا بداند .

۲۹۳ ـ همانطور که مالك میتواند معامله فضولی را اجازه کند . همانطور هم اختیار دارد که آن را رد نماید ، و حتی اگر معامله را رد نمود دیگر اجازه بعد از رد مؤثر نمیباشد چنانکه ماده ۲۵۰ در این موضوع مقرر میدارد «اجازه در صورتی مؤثر است که مسبوق برد نباشد والا اثری ندارد»

ظاهراً مادهٔ مزبوره مخالف با اصل الناس مسلطون علی اموالهم بنظر میاید ، زیرا مطابق اصل مزبور مالك مالی که مورد معامله فضولی بوده است باید نسبت باجازه و رد اختیار تام داشته باشد ، بنحویکه اگر در دفعه اولی معامله فضولی را رد نمود وثانیاً ملتفت شد که معامله مزبوره متضمن صرفه و صلاح او میباشد بتواند آن را اجازه کند ، ولی این اختلاف فقط صوری است ، زیرا اگر بحقیقت معامله فضولی پی برده شود معلوم می گردد که معامله فضولی یکمعامله مشروط است . باین معنی که اگر مالك انمعامله را اجازه کند معامله صحیح و نافذ خواهد بود ، و اگر بر عکس آنرا رد نماید معامله باطل و کان لم یکن خواهد گردید . بنابراین همینکه مالك معامله فضولی را رد کرد آن معامله باطل شده و بدیهی است معامله باطل را نمیتوان نافذ نمود .

۲۹٤ ـ رد معامله فضولی بهمان طریق حاصل میشود که برای اجازه مقرراست یعنی با لفظ یا فعلی که دلالت بر عدم رضا نماید . بنا بر این اگر مالك مالی که مورد معامله فضولی بوده است لفظی ادا نماید یا از او فعلی صادر شود که دلالت بر رد معامله کند معامله باطل وغیر مؤثر خواهد بود (مادهٔ ۲۵۱)

۲۹۵ ـ مالك مجبور نیست معامله فضولی را که نسبت بمال او شده فوراً اجازه یارد نماید ، بلکه میتواند آن را بتاخیر انداخته و بعد از مدتی عقیده خود را نسبت بمعامله بیان کند ، ولی بدیهی است طرفی هم که اصالتاً وبرای خود معامله کرده است ، مجبورنیست که منتظر میل مالك بوده ، و مادام که مشارالیه اجازه یا رد نکرده است ، در حال تزلزل بماند ، بلکه اگر تاخیر اجازه یا رد موجب تضرر طرف اصیل باشد طرف مزبور میتواند معامله را بهم بزند (ماده ۲۵۲)

۲۹٦ ـ اگر مالك قبل از اجازه یا رد فوت نماید حق اجازه یا ردّ با وارث او خواهد بود (مادهٔ ۲۵۳)

۲۹۷ ـ ممکن است پس از اینکه یکنفر نسبت بمال غیر فضولتاً معاملهٔ نمود و قبل

از آنکه مالك آنمعامله را اجازه یا رد کند ، مالی که مورد معامله فضولی بوده ، بنحوی از انحاء بخود معامله کننده فضولی منتقل گردد ، مثلا یکنفر مال غیررا اجاره دهد وبعد ازاین معامله وقبل از اجازه یا رد مالك ، خودش آن مال را بخرد ، یا آن مال ارثاً باو منتقل شود . آیا در این‌صورت وضعیت حقوقی معامله چه خواهد بود ؟ صحت ونفوذ آن محتاج باجازه مالك جدید است یا نه ؟ در این مورد مادهٔ ۲۵٤ چنیـن مقرر میدارد « هرگاه کسی نسبت بمال غیرمعامله نماید و بعد آن مال به نحوی از انحاء معامله کننده فضولی منتقل شود صرف تملك موجب نفوذ معامله سابقه نخواهد بود » پس بموجب این ماده مالك جدید که همان معامله‌کننده فضولی است میتواند معاملهٔ را که خود سابقاً کرده بود اجازه یا رد نماید .

شاید در بادی امر ترتیب مندرج در مادهٔ ۲۵٤ مخالف منطق بنظر بیاید . زیرا چگونه ممکن است بیکنفر که خانهٔ را مثلا فروخته یا اجاره داده است ، اجازه داده شود که بعد از مالك شدن آن خانه معاملهٔ را که خود سابقاً کرده بود محتـرم نشمرده و آن را اجازه یا ردکند . ایراد مذکور فوق ظاهراً محکم بنظر می آید ، ولی اگردرست‌دقت شود معلوم خواهد شد که از نقطه نظر حقوقی ارزش و استحکام زیادی ندارد ، زیرا که اولا منتقل شدن مالی که مورد معامله فضولی بوده است بمعامله کننده فضولی او را قائم مقام مالك سابق مینماید ، و هر حقی که مالك مزبور نسبت بمورد معامله داشت منتقل به مالك جدید شده است ، بنا براین از نقطه نظر حقوقی نمی توان مالك جدید را ازاستفاده حق اجازه یا رد ممنوع داشت ، راست است کـه شاید از نقطه نظر وجدانی این شخص مکلف باشد معامله فضولی را اجازه‌کند ولی وجدان و حق دو امری است علیحده وممکن است که در بعضی موارد بین آنها اختلاف و اصطکاکی واقع شود چنانکه وجدان بکسی که ملکی را در نتیجه مرور زمان متصرف است حکم می‌کند که آنملك را بمالك حقیقی مسترد دارد ، ولی قانون جلو ادعای مالك حقیقی را گرفته و بکسی که می خـواهد از مرور زمان استفاده نماید حق داده است که متوسل باین امر شده دعوی او را رد نماید. ثانیاً معامله کننده فضولی ، معامله را باعتبار اینکه مورد معامله مال دیگری بوده واقع‌ساخته ، و شاید همان معامله را نسبت بمال خود نمی کرد ، بنا بر این باید پس ازمالك شدن‌مورد معامله با اجازه یا رد معلوم سازد که اگر مورد معامله مال خود می بود معامله را واقع

می ساخت یا نه ، بعبارت اخری رضای بمعامله باید بعنوان مالکیت داده شده باشد و درمعامله فضولی رضای بعنوان مالکیت ممکن نبود موجود باشد .

۲۹۸ – نظر بدلیل اخیر اجازه نه فقط در صورتی لازم است که معامله کننده بعد از معامله فضولی مالك مورد معامله میگردد ، بلکه اگر پس از معاملهٔ که بعنوان فضولی واقع شده است ، معلوم گردد که مال مورد معامله ملك خود معامله کننده بوده و یا ملك کسی بوده است که معامله کننده می توانسته است از طرف او ولایتاً یا وکالتاً معامله نماید اجازه ثانوی لازم می باشد ، و ماده ۲۵۵ اینمعنی را تصریح کرده و مقرر می دارد « هر گاه کسی نسبت به مالی معامله بعنوان فضولی نماید و بعد معلوم شود که آنمال ملك معامله کننده بوده است یا ملك کسی بوده است که معامله کننده می توانسته است از قبل او وکالتاً یا ولایتاً معامله نماید در اینصورت نفوذ و صحت معامله موکول به اجازه معامل است و الا معامله باطل خواهد بود » و نیز در تعقیب همین نظر یات ماده ۲۵۶ مقرری دارد « هر گاه کسی مال خود و مال غیر را بیك عقدی منتقل کند یا انتقال مالی را برای خود و دیگری قبول کند معامله نسبت بخود او نافذ و نسبت به غیر فضولی است »

۲۹۹ – ممکن است مالی که مورد معامله فضولی است قبل از آن که مالك آن را اجازه یا رد کند مورد معاملات دیگر نیز واقع شود ، در این صورت تکلیف معاملات مزبوره چه خواهد بود ؟ در این مورد ماده ۲۵۷ چنین مقرر میدارد « اگر عین مالی که موضوع معامله فضولی بوده است قبل از اینکه مالك معامله فضولی را اجازه یا رد کند مورد معاملات دیگر نیز واقع شود مالك می تواند هر یك از معاملات را که بخواهد اجازه کند در این صورت هر یك را که اجازه کرد معاملات بعد از آن نافذ و سابق بر آن باطل خواهد بود . » برای توضیح مطلب فرض میکنیم که یك نفر ملك غیر را فضولتاً بفروشد و خریدار آن را منتقل بدیگری نماید و به همین ترتیب ملك مزبور مورد چهارمعامله بیع شده وبالاخره خریدار آخری آن را اجاره دهد، در اینصورت مطابق ماده ۲۵۷ هر گاه مالك معامله اولی را اجازه کند تمام معاملات بعدی هم صحیح خواهد بود ، و اگر بر عکس بیع دوم را اجازه نماید بیع اول باطل و تمام معاملات از بیع دوم ببعد صحیح خواهد بود و اگر مثلا فقط عقد اجاره را که

معامله آخری بوده است اجازه نماید تنها معامله اجاره صحیح و معاملاتی که قبل از معامله اخیر بعنوان بیع شده است باطل خواهد بود .

۳۰۰ ـ اجازه یا رد از روز عقد مؤثر است نه ازتاریخی که مالك معامله رااجازه یا رد کرده است ، این معنی از ماده ۲۵۷ استنباط می شود زیرا ماده مزبوره پس از اجازه مالك نسبت بعین مالی که مورد معامله فضولی بوده است ، تمام معاملاتی را که متأخر بر معامله تنفیذ شده از طرف مالك بوده ، صحیح و نافذ اعلام میدارد ، بدیهی است اگر اثر اجازه از روز اجازه محسوب میشد نه از تاریخ عقد اعلام صحت معاملاتیکه قبل ازاجازه واقع شده است غیر ممکن میبود .

نسبت بمنافع مالی که مورد معامله فضولی بوده ، و همچنین نسبت بمنافع حاصله از عوض آن ، ماده ۲۵۸ اثر قهقرائی اجازه یا رد را صراحتاً معین نموده ، و مقررداشته است که « نسبت بمنافع مالی که مورد معامله فضولی بوده است و همچنین نسبت بمنافع حاصله از عوض آن اجازه یا رد از روز عقد مؤثر خواهد بود » پس مطابق این ماده اگر کسی مال غیررابعقد فضولی بخرد ، و بعد مالك آن‌عقد را تنفیذ نماید ، منافع حاصله از آن مال از روز عقد مال مشتری خواهد بود ونه از روز اجازه . و همین حکم در صورت رد هم مقرر است یعنی مشتری باید کلیه منافعی را که از روز عقد از مالی که مورد معامله فضولی‌بوده است‌تحصیل کرده بمالك رد کند ، وهمچنین بایع باید کلیه‌منافع‌حاصله از عوض را از تاریخ عقد بمشتری بپردازد .

مؤثر بودن اجازه از روز عقد دال بر این است که در معاملات فضولی خود عقد ناقل بوده و اجازه فقط کاشف از انتقال سابق است و الا اگر خود اجازه فی حد ذاته ناقل می بود نمیتوانست اثر قهقرائی تولید کند.

۳۰۱ ـ ممکن است کسی که معامله فضولی کرده ، قبل از اجازه یا رد مالك ، مالی را که موضوع معامله بوده است بتصرف متعامل بدهد ، در این صورت مطابق ماده ۲۵۹ اگر مالك آن معامله را اجازه نکند متصرف یعنی متعامل فضولی ضامن عین و منافع است .

در موضوع ضمانت ، ماده مزبوره معین نکرده است که مشار الیه تا چه اندازه ضامن میباشد ، یعنی متعامل فضولی ضامن عین و منافع است و لو اینکه تعدی یا تفریط

هم نکرده باشد ، و یا فقط در صورت تعدی یا تفریط ضامن خواهد بود ، در این مورد بدیهی است که اگر متعامل بفضولی بودن معامله عالم بوده است ضامن عین و منافع مورد معامله خواهد بود ، و لو اینکه تعدی یا تفریط نکرده باشد ، زیرا در این صورت وضعیت متعامل مثل غاصب است و در فصل راجع بغصب خواهیم دید که غاصب ضامن است و لو اینکه تعدی یا تفریط نکرده باشد . نسبت بموردی که متعامل بفضولی بودن معامله جاهل بوده است ، شاید بشود تصور نمود که مسئولیت او فقط در مورد تفریط یا تعدی باشد ، ولی اطلاق عبارت ماده ۲۵۹ که متصرف را بطور مطلق ضامن عین و منافع قرار می دهد ، دال بر این است که مسئولیت در موردی هم نیز خواهد بود که به هیچ وجه تعدی یا تفریط نکرده باشد و برای این که مشتری نیز بتواند به حق خود برسد ماده ۲٦۳ مقرر می دارد « هر گاه مالك معامله را اجازه نکند و مشتری هم بر فضولی بودن آن جاهل باشد حق دارد که برای ثمن و کلیه غرامات ببایع فضولی رجوع کند و در صورت عالم بودن فقط حق رجوع برای ثمن را خواهد داشت » پس از ماده فوق و ماده ۲۵۹ چنین استنباط می شود که از حیث تعدی یا تفریط بهیچ وجه بین مشتری عالم و مشتری جاهل بر فضولی بودن معامله فرقی موجود نمی باشد . وهر دو ضامن عین و منافع مالی میباشند که مورد معامله فضولی بوده است ، منتهای مراتب فرقی که بین عالم و جاهل میباشد اینست که مشتری جاهل حق دارد برای ثمن و کلیه غرامات به بایع رجوع کند ، و حال آنکه مشتری عالم فقط حق رجوع برای ثمن را دارد نه برای منافع .

۳۰۲ ـ کسی که معامله فضولی مینماید ممکن است عین مالی را که موضوع معامله بوده است بتصرف متعامل بدهد و یا عوض آن را خود گرفته نگاه دارد . درصورت اولی یعنی در موردی که مورد معامله فضولی به تصرف متعامل داده می شود ، ماده ـ ۲٦۱ مقرر میدارد « در صورتی که مبیع فضولی به تصرف مشتری داده شود هر گاه مالك معامله را اجازه نکرد مشتری نسبت باصل مال و منافع مدتی که در تصرف او بوده ضامن است اگرچه منافع را استیفاء نکرده باشد و همچنین است نسبت بهر عیبی که در مدت تصرف مشتری حادث شده باشد » پس بموجب این ماده نه فقط مشتری ضامن عین و منافع مورد معامله فضولی است ، بلکه ضامن نقص و عیبی نیز خواهد بود که در زمان

تصرف او حادث شده است

مسؤلیت مشتری نسبت بعین و منافع ، مسؤلیت مطلق است ، باین معنی که اگر مال در ید مشتری بدون تعدی یا تفریط او نیز تلف شود ، مشتری مسؤل خواهد بود . و این نکته نه فقط از اطلاق عبارت ماده مزبوره مستفاد می شود ، بلکه از قید راجع به منافع نیز که بموجب آن مشتری مسؤل منافع است حتی در صورتـی که از مال مورد معامله استیفای منفعت نکرده باشد میتوان آنرا استنباط نمود ، پس اگر مشتری خانهٔ را که مورد بیع فضولی بوده است اجاره نداده ، و خود نیز در آن جا ننشیند ، معذلك مسؤلیت منافع را عهده دار خواهد بود .

مسؤلیت مشتری در صورت نقص وعیب نیز مسؤلیت مطلق است یعنی مشتری مسؤل خواهد بود اگرچه آن نقص وعیب درنتیجه عمل اوموجود نشده باشد.

مسؤلیت مطلق مشتری راجع بنقص و عیب از عبارت قسمت اخیر ماده ۲۶۱ که میگوید « و همچنین است نسبت بهر عیبی که در مدت تصرف مشتری حادث شده باشد » کاملا معلوم میگردد ، زیرا جمله « حادث شده باشد » خود جمله مطلق بوده و مسؤلیت مشتری را میرساند و لو این که حدوث عیب مستند بعمل خود مشتری نباشد ، ولی بدیهی است نسبت بعوضی که مشتری ببایع فضولی داده ، یعنی نسبت بثمن ، مشارالیه حق خواهد داشت که به بایع مزبور رجوع کند چنانکه ماده ۲۶۲ مقرر میدارد «در مورد ماده قبل مشتری حق دارد که برای استرداد ثمن عیناً یا مثلا یا قیمتاً ببایع فضولی رجوع کند »

۳۰۳ ـ در صورت دوم یعنی در موردی که معامله کننده فضولی عوض مالی را که موضوع معامله بوده است گرفته و در نزد خود داشته باشد ماده ۲۶۰ چنین مقرر میدارد « هر گاه مالك با اجازه معامله قبض عوض را نیز اجازه کند دیگر حق رجوع بطرف دیگر نخواهد داشت »

در هر حال از مفهوم مخالف این ماده معلوم می شود که اگر مالك با اجازه معامله قبض عوض را اجازه نکند حق خواهد داشت که برای اخذ عوض بمتعامل فضولی رجوع کند منتهای مراتب متعامل مزبور نیز در صورتیکه عوض را به معامل فضولی تادیه کرده باشد حق خواهد داشت که باو رجوع کند .

فصل هفتم

در سقوط تعهدات

۳۰۴ - سقوط تعهد یعنی مرتفع شدن و یا برطرف شدن آن. مطابق مادهٔ ۲٦٤ « تعهدات بیکی از طرق ذیل ساقط میشود :

۱ - بوسیله وفا بعهد ۲ - بوسیله اقاله ۳ - بوسیله ابراء ٤ - بوسیله تبدیل تعهد ٥ - بوسیله تهاتر ٦ - بوسیله مالکیت مافی الذمه .

مبحث اول

دروفاء بعهد

۳۰۵ - وفاء بعهد عبارت است از اینکه یکنفر امری را که متعهد بوده انجام دهد بنا بر این مدیون با تادیه دین و اجیر باانجام عملی که برای انجام آن اجیر شده است وفاء بعهد مینماید ووفاء بعهد بهترین طریقه ایست برای سقوط تعهد .

وفاء بعهد بتادیه چیزی که مورد تعهد بوده است بعمل می آید . پس اگر کسی مالی بدیگری بدهد ظن غالب بر این است که قصد تبرع نداشته و با دادن آن مال قرض خود را بطرف مقابل اداء میکند چنانکه همین حکم را مادهٔ ۲٦٥ مقرر داشته و و اضافه مینماید که «بنابران اگر کسی چیزی بدیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد ، میتواند استرداد کند» مثلا اگر کسی از شخصی که پدرش تازه مرده است مطالبه مبلغی نماید ، بادعای اینکه از پدر او طلب دارد و آن شخص بخیال آنکه پدرش واقعاً مقروض بوده آن مبلغ را کارسازی کند و بعد در ضمن اسناد پدر خودسندی پیدا نماید که حاکی از تادیه آن قرض بوده است میتواند مبلغی را که بدون مقروض بودن تادیه کرده است مطالبه و مسترد دارد .

۳۰٦ - بدیهی است که باصطلاح قانون قرض تعهدی است که قانون آن را قرض میداند بعبارة اخری تعهدی است که اگر ایفاء نشود قانون بدائن اجازه میدهد که بمحکمه صالحه رجوع نموده و برای استیفاء طلب خود بر علیه متعهد اقامه دعوی نماید. مقصود از ذکر این نکته آن است که انسان ممکن است قرضی غیر از تعهد قانونی داشته باشد که قانوناً

داین حق مطالبه آن را ندارد ، و این قبیل قروض را باعتبار اینکه طلبکارحق مطالبه ندارد ولی مدیون بحکم طبیعت و یا بحکم وجدان مکلف بر تادیه آنست، ما قرض‌طبیعی و یا قرض وجدانی می نامیم .

در مورد قروض طبیعی یا و جدانی مادهٔ ۲۶۶ مقرر می دارد « در مورد تعهداتی که برای متعهدله قانوناً حق مطالبه نمی باشد اگر متعهد بمیل خود آن را ایفاء نماید دعوی استرداد او مسموع نخواهد بود . » پس اگر بموجب این مادهٔ کسی تعهد طبیعی ، یعنی تعهدی را که قانوناً برای متعهد له حق مطالبه نمی باشد ، بمیل خود ایفاء کند ، دیگر حق ندارد که بر علیه متعهد له اقامه دعوی استرداد نماید ، ولی همان طور که در متن مادهٔ مذکور است ایفاء تعهد باید بمیل متعهد بعمل آمده باشد ، یعنی متعهد نه مستقیماً و نه بطور غیر مستقیم مجبور به ایفاء نشده باشد ، و حتی شاید بشود گفت که متعهد باید در حین ایفاء دانسته باشد که تعهد او تعهدی است که قانوناً برای متعهد له حق مطالبه نمی باشد ، و الا بطوری که در ضمن مادهٔ ۳۰۲ ملاحظه خواهیم نمود تادیه تادیه اشتباهی بودهٔ و تادیه کنندهٔ حق استرداد آن را خواهد داشت .

برای تعهدات طبیعی مثال زیادی ممکن است ذکر شود — مثلا کسی که ادعای مالك حقیقی را باستناد مرور زمان رد مینماید ، طبیعتاً و یا وجداناً متعهد است ملکی را که باین طریق درید خود نگاهداشته است ، بمالك رد کند و اگر بمیل خود رد کرد دیگر حق استرداد ندارد . و همچنین است تادیه کسیکه طلب داین خود را انکار کردهٔ و در نتیجه اتیان قسم، طلبکار قانوناً حق مطالبه آن را نداشته باشد .

۳۰۷ — حال باید دید که چه کسی می تواند ایفاء تعهد کند — ایفاء تعهد بدیهی است که باید از جانب خود متعهد بعمل آید ، ولی این امرحتمی نیست ، بلکه هرشخص دیگری اعم از اینکه در ایفاء تعهد ذی نفع باشد یا نه ، می تواند تعهد غیر را ایفاء کند ، و در این موضوع مادهٔ ۲۶۷ مقرر می دارد « ایفاء دین از جانب غیرمدیون هم جائز است اگر چه از طرف مدیون اجازهٔ نداشته باشد . ولیکن کسیکه دین دیگری را ادا میکند اگر با اذن باشد حق مراجعه باو دارد و الا حق رجوع ندارد » پس به موجب این مادهٔ هرگاهٔ تادیه کنندهٔ مجاز از طرف مدیون باشد یعنی مدیون باو اذن‌دادهٔ

باشد که بعوض او تادیه کند، میتواند بمدیون مراجعه کرده آنچه را که داده است از او بگیرد. و اگر بر عکس تادیه کننده ماذون از طرف مدیون نباشد حق رجوع به او ندارد، و در حقیقت تبرعی کرده و دیگر نمی تواند آن چه را که داده است از مدیون مطالبه کند.

۳۰۸ - طلبکاری که طلب او را شخص دیگری غیر از مدیون ادا میکند، نمی تواند از قبول آن امتناع نماید یعنی نمیتواند تقاضا نماید که حتماً طلب او بوسیله خود متعهد تادیه شود، ولی این الزام برای او همه وقت موجود نیست، زیرا ممکن است مواردی باشد که در انجام تعهد بوسیله شخص متعهد نفعی برای طلبکار منظور باشد، و این نفع در تعهداتی است که عبارت باشد از انجام فعل و مباشرت شخص متعهد نیز شرط شده باشد. در این مورد ماده ۲۶۸ مقرر میدارد «انجام فعلی درصورتیکه مباشرت شخص متعهد شرط شده باشد بوسیله دیگری ممکن نیست مگر بارضایت متعهدله»

شرط مباشرت لازم نیست که صریح باشد، بلکه این شرط ممکن است ضمناً استنباط گردد، و همچنین ممکن است از سنخ تعهد استنباط نمود که مقصود شرط مباشرت بوده است یا نه، مثلا اگر کسی با نقاش ماهری قرار داده باشد که برای او پردهٔ نقاشی کند، در اینصورت بدیهی است مقصود طرف مباشرت خود نقاش بوده و مشارالیه نمیتواند این تعهد خود را بوسیله غیر ایفاء نماید، مگر با رضایت متعهدله، ولی اگر بر عکس کسی با حمالی قرار بدهد که زباله خانه او را ازاله کند، بدیهی است مقصودطرف انجام امر است بوسیله هر کس که باشد، و در این صورت حمال میتواند ازاله زباله را بعهده غیر واگذار کند، مگر اینکه صراحتاً مباشرت شخص او شرط شده باشد.

۳۰۹ - برای صحت ایفاء، شرایطی مقرر است که اگر موجود نباشد وفاء بعهد محقق نمیشود. وجود شرایط مزبوره از ماده ۲۶۹ استنباط میشود، چه مطابق این ماده «وفاء بعهد وقتی محقق میشود که متعهد چیزی را که میدهد مالك و ماذون از طرف مالك باشد و شخصاً هم اهلیت داشته باشد» پس بموجب این ماده برای صحت ایفاء دو شرط لازم است: اولا باید متعهد مالك مالی باشد که بمتعدله میدهد و یا از جانب مالك مأذون در تادیه باشد و ثانیاً اهلیت داشته باشد.

قبل از تدقیق در مطالب مربوط به این دو شرط لازم است دو نکته ذیل خاطر نشان شود .

اولا ماده ۲۶۹ ناظر بهر موردی نیست که حقیقتاً وفاء بعهد باشد بلکه تنها موردی را پیش بینی میکند که تعهد عبارت از دادن چیزی باشد ، یعنی عبارت باشد از نقل مالکیت و یاحق عینی دیگری . و بدیهی است که اگر ایفاء تعهد موجب نقل‌مالکیت و یاحق عینی دیگری نباشد ، شرط مالکیت تادیه کننده و یا اهلیت او مورد ندارد مخصوصاً وقتی که ایفاء در نتیجه عقدی باشد که خود ناقل مالکیت بوده است ، مثلاًاگر ولی‌صغیری مال معین او را بفروشد خود صغیر میتواند آنرا بقبض مشتری بدهد و حال آنکه صغیر هم فاقد اهلیت است و هم مالك مبیع نمیباشد ، معذلك ممکن است که قبض واقباض جزو شرایط صحت معامله محسوب گردد، مثلا اگر در عقد رهن قبض مال مرهون جزو شرایط صحت عقد محسوب شود، در اینصورت کسیکه قبض میدهد باید مالك بوده و اهلیت داشته باشد بنابر این صغیر نمیتواند مال خود را که ولی او رهن گذاشته است بتصرف‌مرتهن بدهد زیرا در اینصورت مثل این است که خود او معامله کرده باشد .

ثانیاً در ماده ۲۶۹ قید شده است که متعهد باید چیزیرا که میدهد مالك‌باشد یا ماذون از طرف مالك و حال آنکه این شرط انحصار بمتعهد ندارد ، بلکه هر کسی که خواه بنام خود ، و خواه بنام دیگری ،تعهدیرا ایفاء مینماید باید مالك چیزی‌باشد که‌بمتعهدله میدهد. بنابر این باید گفته شود که شرط مالکیت یا ماذونیت از طرف مالك باید درتادیه کننده موجود باشد اگرچه تادیه کننده خود متعهد نباشد .

حال شرایط دوگانه فوق را یك یك تحت مطالعه قرار میدهیم :

۳۱۰ (الف) تادیه کننده باید چیزی راکه بمتعهد میدهد یا مالك باشدویا ماذون از طرف مالك . این نکته بدیهی است که اگر متعهد برای ایفاء تعهد خود مال غیررا بدهد ایفاء تعهد را ننموده است ، زیرا اقدام او نسبت بمـال غیر اقدام فضولی است ، و ممکن است که مالك اجازه نکند ، و بنا بر این متعهدله نه فقط میتواند ازقبول مال‌غیر امتناع کند بلکه میتواند از متعهد تقاضا و عندااللزوم بر علیه او اقامه دعوی کند تامتعهد از مال خود ایفاء تعهد نماید .

در صورت ایفاء تعهد از مال غیر توسل متعهدله به بطلان تأدیه امری است‌طبیعی.

ولی ممکن است نسبت بمتعهد اشکال شود که آیا باوجود ضمانت او برای صحت تادیه مشار الیه میتواندخود بمقام ادعا بر آید وچیزی را که که در مقام وفاءبعهد داده بعنوان اینکه در حین تأدیه مال غیر بوده است از متعهدله استرداد کند یا نه ؟

برای رفع این اشکال ماده۲۷۰ مقررمیدارد « اگر متعهد درمقام وفاء بعهد مالی تادیه نماید دیگر نمیتواند بعنوان اینکه در حین تادیه مالك آن مال نبوده استرداد آنرا ازمتعهدله بخواهد مگر اینکه ثابت کند که مال غیر و بـا مجوز قانونی در ید او بوده بدون اینکه اذن در تادیه داشته باشد »پس بموجب این ماده خود متعهد هم میتواندببطلان تادیه متوسل شده و تقاضای استرداد آن چیزی را که بعنوان وفاء بعهد داده است بنماید ولی باید ثابت کند که آن چیز مال غیر و بمجوز قانونی در ید اوبوده است بدون اینکه از طرف مالك اجازه در تادیه داشته باشد .

قید مجوز قانونی برای آنست که هر گاه تادیه کننده مال غیررا بدون مجوز قانونی متصرف بوده باشد ، مثلا آنرا غصب کرده باشد ، دیگر نمیتواند بادعای غاصبیت آن را از متعهد له که در یافت کرده است مسترد دارد ، بلکه همینکه برای متعهدله تعلق مال بمغصوب منه معلوم گردید ، خود او باید آنرا مستقیماً بمغصوب‌منه بدهد ، چنانکه همین‌حکم بموجب ماده ۶۲۵ نسبت بمال ودیعه هم قید شده است و مطابق ماده مزبور « هر گاه مستحق للغیر بودن مال‌ودیعه محقق گردد باید امین‌آن را به مالك حقیقی ردکند ... »

در هر حال اگر متعهدله متوسل ببطلان تادیه میگردد باید چیزی را که دریافت کرده است مسترد دارد ، زیرا که آن چیز در نتیجه امر باطلی به او رسیده و بقای آن در ید او بدون مجوز قانونی خواهد بود . و هم چنین اگرمتعهد متوسل ببطلان شده و بخواهد چیزی را که تادیه کرده است مسترد دارد ، باید عوض آن را به متعهد له بدهد .

تادیه مال متعلق بغیر در مقام وفاء بعهد بهیچوجه بحقوق مالکیت مالك آن خللی وارد نمیاورد ، زیرا مشار الیه نسبت بامرواقع بین متعهدومتعهدله اجنبی بوده وهیچ گونـه الزامی ندارد . و بنا بر این می تواند هم بمتعهد که مال او را بدون اجازه بدیگری داده است ، و هم بمتعهدله که بدون مجوز قانونی متصرف عین مال است ، رجوع کرده آن‌را استرداد نماید .

۳۱۱ (ب) تادیه کننده باید اهلیت داشته باشد ـ چون کسیکه مالی را تادیه می کند در آن مـال تصرف می نماید بنا بر این باید برای تصرف در مال خود اهلیت داشته باشد .

۳۱۲ ـ حال باید دید که متعهد باید دین خود را بچه‌کسی تادیه کند ـ مطابق مادهٔ ۲۷۱ « دین باید بشخص دائن‌یا بکسیکه‌از طرف او وکالت دارد تادیه گردد یا بکسی که قانوناً حق قبض را دارد »

مفهوم این مادهٔ آنست که دین باید بخود دائن‌یا بکسیکه حق اخذ بنام او را ـ داشته‌باشد تادیه‌گردد ، اگر کسیکه‌اخذمینمایدخود داین باشد باید برای قبض اهلیت داشته باشد و الا مطابق مادهٔ ۲۷٤ تادیه دروجه او معتبر نخواهد بود ـ بنا بر این اگر کسی دینی را که به صغیری دارد بخود صغیر بدهد بری نمیشود زیرا که تادیه وجه بصغیر که اهلیت قبض ندارد معتبر نمیباشد .

حق قبض به نام غیر ممکن است یا در نتیجه وکالت ، یعنی در نتیجه نمایندگی عهدی باشد ، و یا در نتیجه این که اخذ کنندهٔ نمایندهٔ قانونی و یا نمایندهٔ قضائی متعهد له است .

نمایندگی عهدی بوسیله عقد وکالت حاصل میشود، ولی ممـکن است که وکالت در قبض صریح نبودهٔ و فقط ضمنی باشد، مثلا ماموراجرای عدلیه وکالت ضمنی دارد برای اخذ محکوم به، و یا مامور وصول برات وکالت ضمنی دارد برای اخذ وجه برات . در این دو صورت اخیر مامور رسمی ممکن است نمایندهٔ قضائی‌هم محسوب شود .

نمایندگی قانونی نمایندگی است که کسی بموجب قانون از طرف دیـگری پیدا میکند ، مثل نمایندگی ولی نسبت بمولی علیه ، و یا نمایندگی حاکم یا قائم مقام او از طرف دائن که امتناع از قبول حق خود میکند ، چنانکه بموجب مادهٔ ۲۷۳ «اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند متعهد بوسیـله تصرف دادن آن بحاکـم یا قائـم مقام او بری میشود و از تاریخ این اقدام مسئول خسارتی کـه ممـکن است بموضوع حق وارد آید نخواهد بود »

این مادهٔ نه فقط حاکـم یا قائـم مقام اورا از جانب دائن مستنکف صالح برای اخذ حقوق قرار میدهد ، بلکه از تاریخ تادیه مسئولیت مدیون را هم نسبت بخسار تیکـه

ممکن است بموضوع حق وارد آیدمرتفع میسازد، بنا بر این هر گاه شیئی که موضوع تعهد بوده است بعد از تصرف دادن آن بحاکم یا قائم مقام او تلف شود ، یا در آن نقص و عیبی حاصل گردد ، مدیون مسئول آن نخواهد بود .

۳۱۳ ـ مادهٔ ۲۷۲ نسبت بقاعدهٔ مذکورهٔ در مادهٔ ۲۷۱ که بموجب آن دین باید بشخص دائن یا بکسی تادیه شود که حق اخذ بنام اورا داشته باشد استثنائی قائل شده ، و در یک مورد بخصوص تادیه وجه را بغیر اشخاص مذکور نیز تجویز مینماید ، مطابق مادهٔ مزبوره « تادیه بغیر اشخاص مذکور در مادهٔ فوق وقتی صحیح است که دائن راضی شود »

رضای دائن ممکن است قبل از تادیه دادهٔ شود و یا بعد از آن . در صورتی که رضا قبل از تادیه دادهٔ شدهٔ باشد مثل این است که شخص ثالث وکیل در اخذ میباشد ، و اگر بعد دادهٔ شود ، دائن اقدام فضولی غیر را تنفیذ کردهٔ وآن را نسبت بخود نافذ و معتبر مینماید .

۳۱٤ ـ برای اینکه متعهد بری شود باید آن چیزی را که مدیون است تأدیه نماید ، و بموجب مادهٔ ۲۷۵ « متعهد له را نمیتوان مجبور نمود که چیز دیگری به غیر آنچه که موضوع تعهد است قبول نماید اگر چه آن شیئی قیمتاً معادل یا بیشتر از موضوع تعهد باشد . » زیرا که تشخیص منافع متعهدله باخود او است ، و او باید معین نماید که چیزی که بجای موضوع تعهد دادهٔ میشود میتواند جایگیر موضوع تعهد واقع شود یا نه ، بعبارة اخری خود او باید تشخیص دهد که آیا میتواند از چیزی که بجای موضوع تعهد دادهٔ میشود همان نفع و مقصودی را حاصل کند که از دریافت نمودن موضوع تعهد منظور است یا نه ، و بنا بر این اگر متعهدله را نمیتوان مجبور به قبول چیز دیگری غیر از موضوع تعهد نمود ، این اختیار را هم نمیتوان از او سلب کرد پس اگر متعهد له منافع خود را در قبول چیزی که بجای موضوع تعهد دادهٔ میشود تشخیص دهد ، میتواند آن را قبول کند و بدین وسیله تعهد منتفی و متعهد بری میشود.

۳۱۵ ـ همان طور که متعهد له را نمی توان مجبور نمود که چیز دیگری را بجای موضوع تعهد قبول نماید ، همانطور هم نمیتوان اورا مجبوربقبول قسمتی از موضوع تعهد کرد ، و در این موضوع مادهٔ ۲۷۷ مقرر می دارد «متعهد نمیتواند متعهد له را مجبور

بقبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم میتواند نظر بوضعیت مدیون مهلت عادله یا قرار اقساط دهد» پس بموجب این ماده ، اگر کسی مثلا یکهزار تومان بدیگری قرض حال داشته باشد ، نمیتواند اورا مجبور نماید که عجالتاً پانصد تومان از آن را قبول کند ، زیرا نه فقط بدیهی است که منافع هر کس ایجاب مینماید که طلب او دفعتاً پرداخته شود ، بلکه مقصود طرفین در حین انعقاد قرار داد آن بوده است که متعهد سر وعده کاملا بعهد خود وفا کند . و اگر مقصود غیر این میبود برای تادیه اقساطی معین مینمودند ، و بنا بر این تادیهٔ باقساط بر خلاف قرار داد طرفین میباشد و حال آنکه قراردادبین‌طرفین نسبت بانها لازم الاتباع است .

با وجود اصل مذکور در قسمت اول ماده ۲۷۷ که عین عبارت آن فوقاً ذکر شد، مواردی موجود است که متعهد له مجبور بقبول قسمتی از موضوع تعهد می شود موارد مزبور بقرار ذیل است :

۱ - در موردیکه بین متعهد و متعهد له قرار اقساطی داده شده باشد

۲ - در صورتیکه قسمتی از دین مدیون بوسیله تهاتر قهری بر طرف شود، مثلا اگر کسی از دیگری یکهزار تومان طلب دارد، و بعد به بدهکار خود دویست تومان مقروض شود بنحو یکه بین این دو دین تهاتر قهری حاصل گردد ، در این صورت طلبکار یکهزار تومان، اجباراً فقط دویست تومان از طلب خود را دریافت داشته است نه تمام آنرا .

۳ - در موردیکه برای هر قسمت از دین ضامن علیحده داده شده باشد . در این صورت طلبکار مجبور است که بهر ضامنی برای حصه خود او رجوع کند و طلب خود را قسمت قسمت وصول نماید ، ولی در این مورد حقیقتاً نمی توان گفت که متعهد طلب خود را جزء بجزء دریافت کرده است ، زیرا باقبول ضامن طلب اصلی او تقسیم گشته و منقسم بچند طلب مستقل گردیده ، که هر یك بعهده یکی از ضامنین است ، معذالك از نقطه نظر منافع متعهد نه نمیتوان ادعا نمود که مشارالیه بقبول قسمتی از طلب خودمجبور نشده است .

٤ - در موردیکه مطابق قسمت اخیرماده ۲۷۷ پیش بینی شده است، وآن‌عبارتست از موردیکه حاکم مهلت یاقرار اقساط بدهد . پس مطابق قسمت اخیر ماده مزبورحاکم

میتواند نظر بوضعیت مدیون مهلت عادله یا قرار اقساط بدهد ، ولی اختیارات حاکم دراین موضوع اختیار نامحدود نیست . چه اولا مطابق اصول کلی حاکم نمی تواند در امری که از او تقاضا نشده است حکم بدهد ، و بنا بر این مدیون باید استمهال و یا تقاضای تقسیط کند تا حاکم بتواند دراین مورد قراری بدهد ، ثانیا وضعیت مالی مدیون باید دادن مهلت و یا قرار تقسیط را ایجاب کند ، و الا حاکم نمی تواند بدون این قید مهلتی بدهد ویا اقساطی معین نماید ، ثالثا مهلت باید مهلت عادله باشد یعنی مهلتی باشد که با وضعیت مالی مدیون متناسب باشد.

۳۱۶ - نسبت بوضعیتی که موضوع تعهد باید حین التسلیم داشته باشد باید بین موردی که موضوع تعهد عین شخصی است با موردی که موضوع آن عین کلی است ، فرق گذاشته شود .

(الف) هرگاه موضوع تعهد عین شخصی است یعنی عین معین بین طرفین است ، مطابق ماده ۲۷۸ « تسلیم آن بصاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب برائت متعهد میشود اگر چه کسر و نقصان داشته باشد مشروط بر اینکه کسر ونقصان از تعدی یاتفریط متعهد ناشی نشده باشد مگر در مواردیکه در این قانون تصریح شده است ولی اگر متعهد با انقضاء اجل و مطالبه ، تاخیر در تسلیم نموده باشد مسؤل هر کسر و نقصان خواهد بود اگرچه کسر و نقصان مربوط بتقصیر شخص متعهد نباشد . »

پس بطور کلی متعهد باید برای تحصیل برائت خود موضوع تعهد را در وضعیتی که حین تسلیم دارد بدهد ، مشروط براینکه کسر و نقصان حاصل در آن از تعدی یا تفریط او ناشی نشده باشد ، واگر کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی شده باشد مسئول آن خواهد بود مگر در مواردیکه در قانون مدنی تصریح شده ، مثلا ازجمله مواردیکه در قانون مدنی تصریح شده و متعهد بدون تفریط یا تعدی هم مسئول کسر و نقصان حاصل در موضوع تعهد است ، موردی است که بموجب ماده ٦٤٤ قانون مزبور پیش بینی شده است . مطابق ماده مزبوره « در عاریه طلا و نقره اعم از مسکوك وغیر مسکوك مستعیر ضامن است هرچند شرط ضمان نشده و تفریط یا تعدی هم نکرده باشد» و نیز بر طبق ماده ۲۷۸ اگر متعهد با رسیدن موعد تسلیم و مطالبه متعهد له ، تاخیردر تسلیم نماید ، مسئول هر کسر ونقصان خواهد بود ، ولو اینکه کسرو نقصان در اثرتفریط

یا تعدی او حاصل نشده باشد .

۳۱۷ (ب) هرگاه موضوع تعهد عین کلی باشد ، یعنی چیزی باشد که فقط از حیث جنس معین است . مثلا اگر کسی دو خروار گندم ورامین مقروض باشد ، در این صورت مطابق ماده ۲۷۹ متعهد مجبور نیست که از فرد اعلای آن ایفا کند ، لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب محسوب است نمیتواند بدهد . پس برای اینکه برائت متعهد حاصل گردد ، همینقدر کافی است که مشار الیه از جنس وسط موضوع تعهد راتادیه نماید، بنا براین نه متعهد له میتواند متعهد را مجبور کند که از فرد اعلای آن بدهد ، و نه متعهد میتواند متعهد له را مجبور کند که از فرد معیوب قبول نماید.

۳۱۸ ـ وفاء بعهد باید فوراً پس از تعهد بعمل آید مگر اینکه برای انجام تعهد بین طرفین اجلی مقرر شده باشد که دراین صورت متعهدله فقط وقتی میتواند تقاضای وفای بعهد کند که اجل منقضی شده باشد .

۳۱۹ ـ انجام تعهد باید مطابق ماده ۲۸۰ در محلیکه عقد واقع شده بعمل آید مگر اینکه بین متعاملین قرارداد مخصوصی باشد ، یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضا نماید . پس بموجب این ماده برای تعیین محل انجام تعهد باید قبلا بقرارداد طرفین رجوع نمود، اگر متعاملین برای انجام تعهد محلی را معین کرده باشند حتماً باید انجام تعهد در محل مزبور بعمل آید ، در صورتیکه بین متعاملین محل مخصوصی برای انجام تعهد معین نشده باشد ، ولی عرف و عادت اقتضا نماید که تعهد در محل معینی انجام بگیرد متعهد له میتواند مدیون را مجبور نماید که درمحل مزبور بعهدخودوفا کند، و بالاخره درصورتیکه نه موافق قرار داد متعاملین ونه موافق عرف وعادت محل مخصوصی برای انجام تعهد معین نشده باشد ، تعهد باید در محل وقوع عقد انجام بگیرد یعنی در محلی که عقد مولد تعهد در آنجا واقع شده است .

۳۲۰ ـ مخارج تادیه نیز مطابق ماده ۲۸۱ بعهده مدیون است مگر اینکه شرط خلاف شده باشد .

علت اینکه مخارج تادیه در صورت نبودن شرط مخالفی بین متعاملین به عهده مدیون می باشد ، آنستکه مخارج مزبوره برای حفظ منافع مدیون بعمل می آید ، و اینخود طبیعی است که هر کس باید مخارجی را متحمل گردد که از آن استفاده می نماید

و اگر طرفین برای مخارج انجام تعهد ترتیبی بین خود مقرر داشته باشند بدیهی است که با در نظر گرفتن آن ترتیب ، سایر شرایط را معین کرده اند ، و بنا بر این باید بر طبق آن رفتار گردد .

۳۲۱ - ممکن است که شخصی بیکنفر دیون متعدد داشته باشد در این صورت مطابق ماده ۲۸۲ « تشخیص این که تادیه از بابت کدام دین است با مدیون می باشد . »

برای اینکه ماده مزبوره مورد پیدا کند ، لازم است قروض از جنس واحد باشد ، مثلا اگر یك نفر یك اسب و مبلغی پول مقروض باشد ، بدیهی است که در صورت دادن اسب نمی تواند آنرا از بابت پول محسوب بدارد . بنابراین یکنفر وقتی میتواند تشخیص دهد که تادیه از بابت کدام دین است که مثلا مبالغ مختلفهٔ از بابت های مختلف مقروض باشد و در این صورت نیز مدیون نمی تواند بابت تادیه را طوری تشخیص دهد که مخالف منافع داین باشد . چنانکه اگر کسی بیکنفر دو فقره قرض حال داشته باشد یکی هزارتومان ودیگری پانصدتومان ، مقروض نمیتواند پانصد تومان بدهد و آنرا از بابت قرض هزار تومانی خود حساب کند ، زیرا در این صورت حقی که ماده ۲۷۷ بمتعهد له داده ، و بموجب آن متعهد نمیتواند متعهد له را مجبور بقبول قسمتی ازموضوع تعهد نماید، تضییع گشته و متعهدله مجبور می شود که بر خلاف ماده مزبوره فقط قسمتی از موضوع تعهد را قبول کند . و همچنین اگر متعهد دو قرض داشته باشد که یکی از آنها حال و دیگری مؤجل باشد و اجل هم بنفع متعهد له معین شده باشد ، متعهد نمی تواند وجهی را که میدهد از بابت دین مؤجل خود حساب کند ، حتی ممکن است حکم شود که با داشتن دین حال متعهد نمیتواند وجهی را که می دهد بابت دین مؤجل خود حساب کند و لو اینکه اجل بنفع متعهد معین شده باشد ، چه قرضی که اجل آن نرسیده است قطع نظر از طرفی که اجل به نفع او معین شده لازم التادیه نمی باشد .

۳۲۲ - در موضوع وفاء بعهد این نکته نیز قابل توجه است که اگر متعهد له بعلتی از قبول چیزیکه در مقام انجام تعهد باو داده می شود استنکاف کند تکلیف متعهد چه خواهد بود ؟

در این موضوع مادهٔ ۲۷۳ که قبلا هم اشاره بان شده مقرر میدارد « اگر صاحب حق ازقبول آن امتناع کند متعهد بوسیله تصرف دادن آن بحاکم یا قائم مقام او بری می شود و از تاریخ این اقدام مسئول خسارتی که ممکن است بموضوع حق وارد آید نخواهد بود »

ترتیب مذکور کاملا موافق عدل و انصاف است ، زیرا ممکن است متعهد ی یا ذی نفع در انجام تعهد باشد ، و یا مخصوصاً برای اینکه مسئولیت حفظ موضوع تعهدرا از خود سلب کند ، در مقام ایفاء بر آید . در این صورت باید برای او وسیله ایجاد کردد که بتواند با وجود استنکاف متعهد له تعهد خود را انجام دهد ، بنابراین هم مادهٔ ۲۷۳ و هم مادهٔ ۶ قانون موقتی راجع بودایع و خسارات بمدیون اجازه میدهد که با تصرف دادن موضوع تعهد بحاکم یا قائم مقام او یا با ودیعه گذاشتن در صندوق عدلیه نه فقط برائت خودرا تحصیل کند ، بلکه از توجه هر مسئولیتی هم که راجع بتلف یا ناقص شدن موضوع تعهد است محفوظ بماند .

۳۲۳ — بالاخره نکته دیگری که باید در موضوع وفاء بعهد ذکر شود عبارت است از اینکه آیا مدیون میتواند مال بخصوصی را که از تصرف در آن ممنوع است درمقام وفاء بعهد تادیه نماید یا نه ؟ توضیح آنکه ممکن است اموال مدیون بعلتی از علل قانونی تحت توقیف در آید ، مثلا تمام یا قسمتی از دارائی او بعلت محکومیت و برای اجرای حکم توقیف بشود ، در این صورت مطابق مادهٔ ۲۷۶ « مدیون نمیتواند مالی را که از طرف حاکم ممنوع ازتصرف در آن شده است در مقام وفاء بعهد تادیه نماید » واگر تادیه کرد و مال توقیف شده غیر منقول باشد نه فقط مطابق مادهٔ ۶۶۶ قانون اصول محاکمات حقوقی ذینفع یعنی محکوم له میتواند نقض قرارداد یا تعهدی را که از طرف محکوم علیه بر ضرر مال غیر منقول واقع شده است از محکمه بخواهد بلکه مطابق مادهٔ ۶۶۴ انتقال مال توقیف شده مستلزم حبس است از یکماه الی ششماه — و اگرمال توقیف شده منقول باشد مطابق مادهٔ ۶۵۸ تادیه کنندهٔ مسؤل خسارات وارد بر کسی خواهد بود که توقیف بنفع او بوده است .

مبحث دوم

در اقاله

۳۲٤ ـ بطوریکه سابقاً مذکور شد اقاله عبارتست از تفاسخ یا بهم زدن معامله بتراضی طرفین . تراضی طرفین بهمان طریقیکه موجب ایجاد تعهد میشود بهمان طریق نیز موجب سقوط آن میگردد . پس اساس اقاله بر روی رضای طرفین است چنانکه مادهٔ ۲۸۳ در این موضوع مقرر میدارد « بعد از معامله طرفین میتوانند بتراضی آنرا اقاله و تفاسخ کنند »

۳۲۵ ـ تفاسخ معامله ممکن است بلفظ حاصل شود یا بفعل (مادهٔ ۲۸٤) ودر هر دو صورت باید لفظ یا فعل حاکی از بهم زدن معامله باشد بنحویکه قصد طرفین در تفاسخ عقد واضح گردد .

۳۲٦ ـ لازم نیست که طرفین معامله تمام معامله را بهم زنند بلکه مطابق مادهٔ ۲۸۵ « موضوع اقاله ممکن است تمام معامله واقع شود یا فقط مقداری از مورد آن » مثلا اگر یکنفر درضمن یك عقد دوقطعه زمین خودرا فروخته باشد بایع ومشتری میتوانند تراضی کرده و معامله را نسبت بیکی از آنها فسخ کنند و همچنین درصورتیکه مبیع یك چیز قابل تجزیه باشد طرفین معامله میتوانند با رضایت یکدیگر معامله را فقط نسبت بقسمتی از مبیع اقاله کنند .

۳۲۷ ـ چون اساس اقاله بر روی تراضی قرار گرفته است لذا اقاله درصورتیهم ممکن است که یکی از عوضین معامله تلف شده باشد چنانکه مادهٔ ۲۸٦ همین نکته را تصریح کرده است و اضافه میکند که دراینصورت بجای آنچیزی که تلف شده است در صورت مثلی بودن مثل و در صورت قیمی بودن قیمت آن داده میشود ، مثلا اگر دو نفر که اسب خود را با یکدیگر معاوضه کرده باشند و با وجود تلف شدن یکی از آنها باز بخواهند معامله را بهم بزنند در این صورت طرفی که اسب را دارد باید خود اسب و طرفی که اسب او مرده است باید قیمت آنرا بدهد تا اقاله حاصل شود .

اگر چه مورد حدوث کسر و نقصان یا یکی از آنها ، بموجب قانون مدنی پیش بینی نشده است ، ولی از یکطرف نظر بهمان نکته مذکوره فوق که اساس اقاله

بر روی تراضی طرفین است ، و از طرف دیگر نظر بدلیل اولویتی که از مادهٔ ۲۸۶ استنباط میشود ، برای اقاله درصورت حدوث کسر و نقصان نیز مانعی نخواهد بود ،

۳۲۸ ـ ممکن است در مالی که مورد معامله بودهٔ است بجای کسر و نقصان ازدیاد قیمتی حاصل شدهٔ باشد ، وهمچنین ممکن است که اززمان عقدتا زمان اقاله ازمال مزبور نما آت و منافعی حاصل شود ، تکلیف این دو مورد بموجب مادهٔ ۲۸۷ و ۲۸۸ معین شدهٔ است :

نسبت بنما آت و منافع مادهٔ ۲۸۷ مقرر میدارد « نما آ ت و منافع منفصله که اززمان عقد تازمان اقاله در مورد معامله حادث میشود مال کسی است که بواسطه عقد مالك شدهٔ است ولی نما آت متصله مال کسی است که درنتیجه اقاله مالك میشود » برای توضیح مطاب لازم است خاطر نشان کنیم که مثلا اگر زید مالی را بعمرو بفروشد و بعد این معامله بتراضی طرفین اقاله گردد ، و در مورد معامله نما آتی حادث شود نما آت متصله متعلق بزید و نما آت منفصله مال عمر وخواهد بود (عمرو کسی است که بواسطه عقد مالك بودهٔ وزید کسی است که در نتیجه اقاله مالك میشود) پس با عطف توجه باین نکته ملاحظه می کنیم که مادهٔ مزبورهٔ بین نما آت منفصله و نما آت متصله فرق گذاشته ، و نما آت از قسم اول را که از زمان عقد تا زمان اقاله حاصل شدهٔ است بکسی تعلق میدهد که بواسطه عقد مالك شدهٔ است ، و نما آت متصله را مال کسی قرار میدهد که در نتیجه اقاله مالك میشود .

تشخیص مزبور کاملا موافق منطق است ، زیرا که قبل از وقوع اقاله شاید هیچیك ازطرفین تصور وقوع آنرا نمیکردند ، و احتمال میرود کسیکه بواسطه عقد مالك مورد معامله بودهٔ است در نما آت و منافع حاصله که ملك طلق خود بودهٔ تصرفاتی نمودهٔ و آنرا تلف یا مصرف کردهٔ باشد ، در این صورت طبیعی است که نما آت ومنافع منفصله باید باو تعلق دادهٔ شود ، وبرعکس نما آت متصله مادام که منفصل نشدهٔ است جزو مورد معامله محسوب و شاید از انفصال آن درحین اقاله ضرری متوجه گردد که اصلا با درنظر گرفتن آن، طرف حاضر بتفاسخ نشود ، پس تعلق آن بکسی که درنتیجه اقاله مالك میشود بیمورد نخواهد بود .

۳۲۹ ـ نسبت بازدیاد قیمتی که ممکن است بعد از عقد تا زمان اقاله درمورد

معامله حاصل شده باشد ماده ۲۸۸ مقرر میدارد « اگر مالك بعد از عقد (یعنی کسیکه بواسطه عقد مالك شده است) درمورد معامله تصرفاتی کند که موجب ازدیاد قیمت آن شود درحین اقاله بمقدار قیمتی که بسبب عمل او زیاد شده است مستحق خواهد بود » پس بموجب این ماده برای اینکه مالك بعد از عقد مستحق تفاوت قیمت باشد ، باید تفاوت قیمت مزبور در نتیجه تصرفات او حاصل شده باشد ، و اگر تفاوت قیمت بخودی خود یا در نتیجه علت خارجی حاصل شده باشد مثل اینکه قیمت زمینی که مورد معامله بوده است بعلت غیر مربوط بمالك بعد از عقد ترقی کرده باشد ، مالك مزبور مستحق این تفاوت نخواهد بود .

بدیهی است که حکم ماده ۲۸۸ راجع بموردی است که طرفین اقاله را بدون هیچ شرط و قیدی واقع ساخته ، و نسبت باضافه قیمت ، بین خود ترتیبی مقرر نداشته باشند ، در این صورت قانون فرض میکند که راجع بتفاوت قیمتی که در نتیجه عمل مالك بعد ازعقد حاصل شده است ، قصد طرفین درحین اقاله براین بوده است که تفاوت مزبور را مالك درنتیجه اقاله بمالك در نتیجه عقد بدهد ، وبرعکس نسبت بتفاوت قیمتی که بعلت دیگر حاصل شده باشد قصد مالك بعد از عقد، که راجع بآن هیچ شرط و قیدی نکرده است ، صرف نظر کردن از آن بوده ، بعبارت اخری قانون فرض میکند که مالك بعد از عقد باوجود تفاوت قیمتی که بعلت خارجی درمورد معامله حاصل شده است، معذالك اقاله را بیشتر بصرفه خود مقرون دانسته و از آن تفاوت صرفنظر مینماید . و بعلاوه تفاوت قیمتی که بدون دخالت مالك بعد از عقد در مورد معامله حاصل میشود تا اندازهٔ شبیه بـه نما آت ومنافع متصله است وازاین حیث باید مطیع همان حکمی باشد که برای منافع مزبور مقرر شده است

مبحث سوم

در ابراء

۳۳۰ - ماده ۲۸۹ ابراء را بطریق ذیل تعریف میکند «ابراء عبارت ازاین است که دائن از حق خود باختیار صرفنظر نماید»

اگرچه بلا عوض بودن ابراء در ماده مزبوره قید نشده است ، ولی این شرط هم از کلمه (ابراء) و هم از عبارت (صرف نظر نماید) کاملا استنباط میشود ، چه

صرف نظر کردن از حق وقتی متصور است که صاحب حق آنرا مجاناً واگذار نماید ، و الا ممکن نیست در مورد کسی که برای واگذاردن حق خود عوض دریافت می کند ، گفته شود آن کس از حق خود صرف نظر کرده است . پس اگر قدری تعمق نمائیم ملاحظه خواهیم کرد که ابراء بی شباهت بـه هبه نیست ، زیـرا ابراء کننده بوسیله صرف نظر کردن از حق خود ، چیزی را که متعهد مدیون او بوده بخود متعهد مجاناً و بلاعوض واگذار میکند ، ولی ازاین شباهت نباید سوء استفاده کرد و ادعا نمود که ابراء هم مثل هبه درموارد خاصی قابل رجوع است. بعلاوه اگر درابراء بلاعوض بودن شرط نباشد ؛ این امر نمیتواند طریقه خاصی برای سقوط تعهد محسوب شود ، زیرا اگر یکنفر ، در مقابل متعهد از طلب خود به این شرط صرف نظر نماید که دیگری آنرا بجای متعهد بدهد ، این خود ابراء محسوب نشده بلکه یکنوع از تبدیل تعهد است که قریباً مذکور خواهد شد ، و همچنین اگر یکنفر در مقابل یك رأس اسبی که از متعهد می گیرد ، از یکصد تومان طلب خود صرف نظر کند ، این امر ابراء نبوده بلکه وفاء بعهد است زیرا که متعهد بارضایت متعهدله چیزی غیراز موضوع تعهد ، در مقام وفاء بعهدباو میدهد

معذلك در موردی که متعهدله با اخذ چیز کمتری از موضوع تعهد صرف نظر می نماید ، این امر نسبت به تفاوت قیمت موجود بین شیی ماخوذ وچیزی کـه مورد تعهد بوده است ابراء محسوب میشود .

۳۳۱ - مطابق ماده ۲۹۰ « ابراء وقتی موجب سقوط تعهد میشود که متعهدله برای ابراء اهلیت داشته باشد » بنابر این اگر متعهدله از تصرف در اموال خود به علتی از علل ممنوع باشد نمیتواند مدیون خودرا ابراء کند . زیراکه ابراء صرف نظر کردن از موضوع تعهدو بالنتیجه تصرف در آن محسوب است.

۳۳۲ - برای اینکه تعهدی بوسیله ابراء ساقط گردد لازم نیست که متعهدزنده باشد بلکه بعد از مرك او نیز متعهدله می تواند ذمه او را ازدینی که داشته است بری کند چنانکه ماده ۲۹۱ در این موضوع مقرر میدارد « ابراء ذمه میت از دین صحیح است »

مبحث چهارم

در تبدیل تعهد

۳۳۳ ـ در قانون مدنی برای تبدیل تعهد تعریفی موجود نیست ولی از مادهٔ ۲۹۲ که راجع باین موضوع است میتوان استنباط نمود که تبدیل تعهد عبارت است ازاین که تعهد سابق ساقط و تعهد جدیدی جایگیر آن گردد . مطابق مادهٔ مذکور « تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل میشود :

۱) وقتی که متعهد و متعهدله به تبدیل تعهد اصلی بتعهد جدیدی که قائم‌مقام آن می شود بسببی از اسباب تراضی نمایند در این صورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می شود .

۲) وقتی که شخص ثالثی با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را اداء نماید .

۳) وقتیکه متعدله مافی‌الذمه متعهد را بکسی دیگر منتقل نماید »

پس بموجب این مادهٔ تبدیل تعهد بسه علت حاصل میشود : اول بواسطه تبدیل‌دین دوم بواسطه تبدیل مدیون سوم بواسطه تبدیل داین ،

۳۳٤ (الف) تبدیل تعهد بواسطه تبدیل دین ـ تبدیل تعهد بواسطه تبدیل‌دین وقتی حاصل میشود که همان مدیون در مقابل دائن و بارضایت او تعهد جدیدی بنماید که جای گیر تعهد سابق بوده و تعهد سابق بر طرف و ساقط گردد ، مثلا اگر کسی بیکنفر یك مقدار گندم مقروض باشد . و بعد داین و مدیون قرار بگذارند که مدیون بعوض گندم یك مبلغ پول مقروض باشد، در اینجا تعهد سابق که عبارت از تادیه گندم بوده ساقط ، وتعهد جدیدی که عبارت از پرداخت مبلغی باشد جایگیر آن میگردد ،و هم چنین اگر کسی مبلغی از بابت مال الاجاره خانه بمالك خانه مقروض باشد . و بعددائن و مدیون بایکدیگر قرار دهند که آن مبلغ را مستاجر بعنوان قرض نگاهدارد ، تعهد سابق که عبارت از تادیه مال‌الاجارهٔ بوده ساقط ، و تعهد جدید که مبنای آن استقراض است جایگیر آن میگردد .

شاید در موضوع تبدیل تعهد بوسیله تبدیل دین ایراد شود که بالاخره

مدیون مدیون است اعم از اینکه دین او بابت مال الاجاره یا از بابت قرض باشد، و بنا براین به تبدیل تعهد اثر وضعی مترتب نخواهد شد ، ولی ایراد مزبور ایراد واردی نیست، چه از تبدیل تعهد ثمرهٔ مهمی ظاهر میشود چنانکه اگر در مثال فوق دقت کنیم ملاحظه خواهد شد که بعد از تبدیل تعهد دیگر موجر نمیتواند در صورت داشتن حق فسخ برای تاخیر مال الاجاره اجاره را فسخ کند، زیرا که مال الاجاره پرداخته شده و بجای آن مستاجر مقروض وجه استقراضی است .

۳۳۵ -(ب) تبدیل تعهد بواسطه تبدیل مدیون- تبدیل تعهد بواسطه تبدیل مدیون وقتی حاصل می شود که شخص دیگری غیر از مدیون سابق ، بارضایت دائن ، تعهد اداء دین متعهد سابق را بنماید ، در این صورت طلب دائن بحال سابق باقی ، و فقط شخص مدیون عوض میشود .

در موضوع تبدیل تعهد بواسطه تبدیل مدیون باید این نکته خاطر نشان کردد که اگر مدیون کسی را معین کند که دین او را بجای خود او ادا نماید ، این امر موجب تبدیل تعهد نمی شود ؛ بلکه شخص مزبور وکیل در تادیه بوده و مدیون بتعهد سابق باقی می ماند .

تبدیل تعهد بوسیله تبدیل مدیون ممکن است بدو قسم حاصل شود : یکی این که مدیون جدید را مدیون سابق بدائن معرفی کرده و مشارالیه قبول نماید و این شخص هم بجای مدیون سابق در مقابل دائن ایفاء دین را متعهد گردد . و دیگر این که شخص جدید خود مستقیماً و یا در اثر اقدام شخص خارجی حاضر بشود که انجام تعهد مدیون را بعهده بگیرد ، و دائن هم باین امر راضی شود ، و در این صورت رضایت مدیون بهیچوجه لازم نیست . این نکته نه فقط از عبارت فقرهٔ دوم مادهٔ ۲۹۲ که در آنجا تنها رضایت متعهدله شرط شده است واضح میگردد . بلکه از مفاد مادهٔ ۲۶۸ نیز که بموجب آن ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جائز است مستفاد می شود ، منتهای مراتب همانطوری که در ضمن شرح مادهٔ مزبوره مذکور شد اگر شخص جدید ماذون از طرف مدیون باشد حق رجوع باو خواهد داشت ، و الا اقدام به ضرر خود نموده و باید نتیجه آن را هم متحمل گردد، و اگر رضایت متعهدله شرط شده است بعلت این است که شخص جدید فوراً ایفاء تعهد نمیکند، و الا در این صورت رضای متعهدله نیز شرط نمیباشد .

ج - تبدیل تعهد بواسطه تبدیل دائن - تبدیل تعهد بواسطه تبدیل دائن وقتی حاصل میشود که دائن مافی الذمه مدیون را بکسی دیگر منتقل کند ، دراین صورت دین ومدیون همان است که سابق بوده وفقط شخص دائن عوض شده است. مثلا اگر کسی یکصد تومان از دیگری طلب داشته باشد و آن را منتقل به شخص ثالثی بنماید دین مدیون به داین اول ساقط و برای مدیون دین جدیدی در مقابل منتقل الیه حاصل می شود - وبنابر این اگر دائن فقط کسی را معین و بمدیون معرفی کند که دین را در وجه او بپردازداین امر تبدیل تعهد نبوده بلکه وکالت در اخذوجه ویا حواله میباشد.

۳۳۶ - در مورد تبدیل تعهد بوسیله تبدیل دائن قانون معین ننموده است که برای صحت انتقال رضایت مدیون شرط است یانه . وبا نبودن نص صریح باید حل مشکل بوسیله رعایت اصل کلی بعمل آید . مطابق اصل کلی هرکس حق دارد که در ما یملك خود همه گونه تصرف بنماید و چون دائن نسبت بانچه که در ذمه مدیون است مالك می باشد ، لذا نمیتوان اورا ممنوع از تصرف در مافی‌الذمه مدیون و بعبارت اخری ممنوع از تصرف در ما یملك خود نمود ، بنا بر این باید اذعان نمود که مطابق این اصل رضایت مدیون برای صحت انتقال نباید شرط شود ، ولی ازطرف دیگر میتوان استدلال نمود که اساس معاملات بر روی قصد و تراضی طرفین است ، و چون در موقع معامله قصد طرفین بر این بوده است که مدیون دین خود را بهمین دائن اداء نماید ، و شاید اگر میدانست که دائن مافی‌الذمه اورا بدیگری منتقل خواهد نمود ، برای معامله وبالنتیجه برای قبول تعهد حاضر نمیگردید ، و بعبارت اخری تادیه دروجه خود دائن شرط ضمنی معامله می تواند محسوب گردد ، لذا انتقال مافی‌الذمه مدیون صحیحاً واقع نمیشود مگر با رضای خود او ، چنانچه در مورد حواله که آنهم انتقال مافی‌الذمه مدیون بدیگری است ، رضایت مدیون لازم است ، یعنی مدیون‌میتواند بواسطه عدم قبولی حواله‌عدم رضایت خود را‌بانتقال ابراز کند .

اثر وضعی که بر موضوع لزوم یا عدم لزوم رضایت مدیون برای صحت انتقال ما فی‌الذمه او مترتب می شود آن است که هر گاه انتقال بدون رضایت او صحیحاً واقع نشود ، داین جدید ، یعنی منتقل الیه ، حق نخواهد داشت که مدیون را تعقیب کرده و استیفاء دین خود را بنماید ، و بر عکس اگر انتقال مافی‌الذمه بدون رضایت مدیون هم

صحیحاً واقع گردد ، منتقل الیه میتواند مدیون را تعقیب کند .

با عطف توجه بمراتب فوق باید اذعان کنیم که اصل تسلط مالك بر ما یملك خود اصلی است محکم ، و تخلف با اصل مزبور باید در موقعی بعمل آید که نص صریح قانونی موجود باشد ، و در موضوع تبدیل تعهد بوسیله تبدیل دائن قسمت سوم مادهٔ ۲۹۲ که راجع باین امر است بهیچوجه رضایت مدیونرا شرط قرار نداده است ، و بنا بر این - نمیتوان اورا جزو شرایط صحت انتقال قرار داد .

۳۳۷ - در هر یك از موارد تبدیل تعهد ، یعنی اعم از این که تبدیل تعهد بواسطه تبدیل دین حاصل گردد یا بواسطه تبدیل مدیون و یا بواسطه تبدیل دائن، علاوه بر اهلیت طرفین برای معامله که از جمله شرایط اساسی معاملات است ، دوشرط دیگرنیزلازم است : اول - وجود دو تعهد که یکی ساقط و دیگری ایجاد می شود دوم - قصد تبدیل تعهد .

الف - وجوددوتعهد-وجوددوتعهدکه یکی ازآنها ساقطودیگری جای گیرآن باشد از عبارت تبدیل تعهد استنباط میشود زیرا برای اینکه تعهدی بر تعهد دیگر تبدیل یابد باید دو تعهد باشد که یکی بر دیگری تبدیل گردد .

سقوط تعهد اولی و موجود شدن تعهد ثانی دو امری نیست که بتوان آنها را جداجدا و بالاستقلال منظور نمود، بلکه بین آنها ارتباط تامی که بمنزله ارتباط بین علت و معلول است موجود میباشد چه سقوط تعهد اولی علت ایجاد تعهد ثانوی و بر عکس - ایجاد تعهد ثانوی علت سقوط تعهد اولی است ، و نظر باین مقدمه هر چیز که مانع از سقوط یکی و ایجاد دیگری باشد مانع حصول تبدیل تعهد خواهد بود .

نتیجهٔ که از مطالب فوق گرفته میشود آنست که اگر مثلا یکی از دو تعهد امر نا مشروعی باشد تبدیل تعهد ممکن نخواهد بود ، واگر هم واقع گردید باید باطل و کان لم یکن محسوب شود .

ب - قصد تبدیل - البته بدیهی است که قصد تبدیل باید موجود باشد تا تبدیل تعهد واقع گردد ، و این قصد باید طوری واضح باشد که معلوم شود تعهد اولی ساقط وتعهد جدید جایگیر آن شده است ، و الا تبدیل تعهد حاصل نخواهد شد. مثلا اگر کسی خانه خود را بفروشد و در مقابل قیمت سندی از مشتری بگیرد و واضح باشد که مقصود

تبدیل تعهد بوده است تعهد سابق که از بابت ثمن مبیع بوده ساقط و تعهد جدیدی که بابت قرض است ایجاد خواهد شد . ولی اگر معلوم نباشد که مقصود تبدیل تعهد بوده‌است بلکه اخذ سند فقط از نقطه نظر این باشد که بتواند عدم تأدیه ثمن را ثابت کند تبدیل تعهد حاصل نمیگردد .

این تشخیص حائز اهمیت زیاد است ، زیرا در مثل مزبور فوق اگر تبدیل تعهد واضح باشد ، دیگر بایع نمیتواند بعلت تاخیر تادیه ثمن بیع را فسخ کند ، و حال آن که اگر تبدیل تعهد واضح نباشد خیارفسخ از جهت تادیه ثمن برای بایع موجود خواهدبود .

۳۳۸ ــ اثر تبدیل تعهد سقوط تعهد بدوی و ایجاد تعهد ثانوی است وچون همین که اصل از بین رفت متفرعات ان هم باید از بین برود لذا اگر مثلا برای تضمین تعهد اولی رهنی داده شده باشد، رهن مزبور با تبدیل تعهد منفك و دیگر بتعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت ، در این موضوع ماده ۲۹۳ مقرر میدارد « در تبدیل تعهد تضمینات تعهد سابق بتعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت مگر اینکه طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشند » شرط مزبور باید مقارن با تبدیل تعهد و بلکه باید در ضمن عقد راجع بتبدیل تعهد بعمل آید و الا بعد از تبدیل تضمین از بین رفته و اگر تضمینی بعمل آید معامله جدیدی محسوب خواهد شد .

مبحث پنجم

در تهاتر

۳۳۹ ـ همانطورکه درمورد تبدیل تعهد ذکر شد برای تهاتر هم درقانون مدنی تعریفی ذکر نشده است ، ولی با ملاحظه مواد مربوطه بان مخصوصاً ماده ۲۹۵ میتوان تهاتر را بطــریق ذیل تعریف نمود : تهاتـر عبارت است از موضوع شدن دو دین از یکدیگر تا اندازهٔ که با هم معادله نمایند . مثلا اگر زید هــزار تومان بعمر و مقروض باشد و همین مبلـغ را از عمر و طلبکار گردد این دو دین از یکـدیـگر موضـوع و هر دو دین تا اندازهٔ که با هم معادله نمایند ، یعنی تا مقدار هزار تومان بر طرف و ساقط می شود .

علت این که تهاتر یکی از طرق سقوط تعهدات قرار داده شده آن است کـه

اگر غیر این می بود ممکن بود یکی از طرفین بدون علت اجحاف شود ، چه انصاف نیست که یکنفر بتواند مدیون خود را مجبور به تادیه کند ، در صورتی که خود نیز معادل همان دین بان مدیون مدیون میباشد . و اگر بین این دو دین تهاتر حاصل نشود ممکن است که یکی از طلبکاران طلب خود را وصول و تلف کند ، و در مقابل ادعای طلبکار خود اظهار افلاس نماید و بعلاوه تهاتر این حسن عملی را دارد که دیگر طرفین محتاج بتادیه علیحده نبوده و از این حیث نه متحمل تضییع وقت و نه متحمل مخارجی خواهند بود که ممکن است برای تادیه تعلق بگیرد .

تهاتر را ممکن است بر سه قسم تقسیم نمود : تهاتر قهری یا قانونی — تهاتر اختیاری ــ تهاتر قضائی :

فقره اول
در تهاتر قهری یا تهاتر قانونی

۳۴۰ ــ تهاتر قهری تنها قسمی از اقسام تهاتر است که در قانون مدنی تصریح شده است . و این تهاتر عبارت است از تهاتری که قهراً و بدون تراضی طرفین ، به حکم قانون حاصل میشود . چنانکه در این موضوع مادهٔ ۲۹۵ مقرر میدارد « تهاتر قهری است و بدون اینکه طرفین در این موضوع تراضی نمایند حاصل میگردد . بنابر این بمحض این که دو نفر در مقابل یکدیگر در آن واحد مدیون شدند هر دو دین تا اندازهٔ که با هم معادله می نمایند بطور تهاتر برطرف شده و طرفین بمقدار آن در مقابل یکدیگر بری می شوند . »

حال باید ببینیم که برای حصول تهاتر قهری چه شرایطی لازم است : مطابق مادهٔ ۲۹۶ «تهاتر فقط در مورد دو دینی حاصل میشود که موضوع آنها از یک جنس باشد با اتحاد زمان و مکان تادیه و لو با ختلاف سبب» پس بموجب این ماده برای این که تهاتر حاصل شود شرایط ذیل لازم است :

۱) موضوع هر دو دین باید از یک جنس باشد .

۲) زمان تأدیه هر دو دین باید یکی باشد .

۳) محل تأدیه هردو دین نیز باید یکجا باشد .

بعبارة اخری شرایط سه گانه عبارت است از وحدت جنس دینین - وحدت زمان تأدیه و وحدت مکان تأدیه

۳٤۱ (الف) وحدت جنس دینین - علت اینکه برای حصول تهاتر موضوع هر دو دین باید از یك جنس باشد آنست که تهاتر یك نوع از وفاء بعهد است . یعنی با حصول تهاتر هر یك از دو مدیون دین خود را تا اندازهٔ که با دین طرف مقابل معادله میکند تادیه مینماید - و چون بطوری که در مبحث راجع بوفاء بعهد و در ضمن مطالب راجعه بمادهٔ ۲۷۵ ذکر نمودیم ، دائن را نمی توان مجبور نمود که چیز دیگری بغیر از آنچه که موضوع تعهد است قبول نماید ، و اگر بین دو دینی که از حیث جنس یکی نمی باشند ممکن بود تهاتر قهری حاصل شود ، داین مجبور میگشت که بر خلاف مادهٔ مزبورهٔ چیز دیگری بغیر از آنچه که طلبکار استقبول کند . نظر بمراتب فوق اگر یکنفر مثلا از دیگری مبلغی وجه طلبکار باشد و بهمان آدم مبلغی بدهکار باشد بین این دو دین که موضوع واحد دارند تهاتر حاصل میگردد ، ولی اگر برعکس یکنفر ازدیگری مبلغی وجه طلبکار باشد و بهمان آدم مقداری گندم مدیون باشد بین این دودین کهاز جنس واحد نیستند تهاتر حاصل نمیشود .

برای حصول تهاتر باید جنس دینین از هرحیث متحد باشد بنابر این اگریکنفر از دیگری یك خروار گندم ورامین طلبکارباشد ، و بهمان آدم یك خروار گندمشهریار مدیون باشد بین این دو دین تهاتر حاصل نمی شود زیرا راست است که هر دو دین از جنس گندم است ولی جنس آنها از هرحیث یکینیست.

۳٤۲ (ب) - وحدت زمان تادیه - مقصود از وحدت زمان تادیه نه اینست که واقعاً هر دو دین باید در یك روز قابل تادیه باشد ، بلکه مقصود این است که هر دو دین مستحق المطالبه شده، بعبارة اخری هر دو دین حال باشد . پس اگر یکنفر بدیگری قرض حالی داشته و از همان آدم طلب مؤجلی داشته باشد نمی تواند باستناد طلبمؤجل خود ادعای تهاتر کند و برعکس اگر یکنفر بدیگری قرضی داشته که از موعد پرداخت آن ده روز میگذرد و از همان شخص طلبی داشته باشد که از موعد پرداخت آن یکماه میگذرد هیچیك از این دو نفر نمیتواند بادعای اینکه بین دینین وحدت زمان تادیه موجود نیست حصول تهاتر را انکار کند.

در موضوع حال بودن دینین باید باین نکته نیز تذکر داده شود که بموجب ماده ۲٤۸ قانون تجارت همین که حکم ورشکستگی صادر شد قروض مؤجل تاجر ورشکسته بقروض حال مبدل میشود ــ ولی این تبدیل قرض مؤجل بقرض حال که بیشتر از نقطه نظر تسهیل امر حساب تاجر ورشکسته است بهیچوجه نمی تواند موجب تهاتر گردد ، و حتی اگر تا موقع رسیدن وعده قروض مؤجل هم ، امر و ورشکستگی تصفیه گردد و قروض مزبور حقیقتاً حال شود ، بازطلبکاری که بتاجر ورشکسته قروض مؤجل داشت ، نمی تواند ادعای حصول تهاتر کند . زیرا که حکم ورشکستگی تکلیف دیان تاجر ورشکسته را قطعاً معین کرده و مانع میشود از اینکه یکی از آن ها بضرر دیگران بتمام طلب خود برسد .

علاوه بر اینکه دینین باید حال باشد ، لازم است که قانوناً قابل مطالبه هم باشد . بنا بر این هیچکس نمیتواند در مورد قرض قانونی خود یعنی در مورد قرضی که دائن قانوناً حق مطالبه آنرا دارد باستناد قرض طبیعی یا وجدانی طرف که خود آن شخص قانوناً حق مطالبه آنرا ندارد ادعای تهاتر کند .

در موضوع حال بودن دینین لازم است این نکته نیز طرف دقت واقع شود که آیا مهلتی که حاکم بمدیون برای تادیه دین میدهد آنرا مؤجل مینماید یا نه ؟ بعبارة اخری چنین دین بوسیله تهاتر قابل سقوط هست یا نه ؟

بدیهی است که خود دادن مهلت حکایت از این میکند که دین حال است والا نسبت بدینی که هنوز موعد پرداخت آن نرسیده باشد ، نمیتوان صحبت از مهلت نمود . وبعلاوه مهلتی که از طرف حاکم داده شده است نظر بعدم استطاعت مدیون بوده و در صفات اصلی دین بهیچوجه نمی تواند تغییری بدهد ؛ یعنی این مهلت نمی تواند صفت حال بودن دین را از بین برده و آن را بصفت دیگری که عبارت ازمؤجل بودن باشد متصف کند .

۳٤۳ (ج) وحدت مکان تادیه ـ شرط وحدت مکان تادیه از این نقطه نظر است که قانون حتی المقدور باید قصد طرفین معامله رارعایت کرده و احکام خود را بامقاصدی منطبق نماید که اشخاص در حین معامله داشته‌اند . بنابراین اگر دائن و مدیون مکان خاصی را برای تادیه دین معین نموده باشند معلوم است که از تادیه شدن دین در آن محل بخصوص مقصود و منظوری دارند که با تادیه در غیر آن محل حاصل نمیشود ــ پس اگر مقرر میشد که تهاتر حتی با اختلاف مکان تادیه هم قهراً حاصل گردد حکمی اتخاذ

میگشت که صراحتاً مخالف با مقصود متعاملین و یا لا اقل مخالف مقصود دائن باشد . و برای موافقت با مقصود متعاملین است که قانون مدنی بعد از ذکر حکم راجعه بوحدت‌مکان بموجب مادهٔ ۲۹۸ مقرر می دارد که « اگر فقط محل تادیه دینین مختلف باشد تهاتر وقتی حاصل میشود که با تادیه مخارج مربوطه بنقل موضوع قرض از محلی بمحل دیگر یا بنحوی از انحاء طرفین حق تادیه در محل معین را ساقط نمایند » در مورد این مادهٔ دیگر نمیتوان گفت که تهاتر قهراً حاصل میشود بلکه در این صورت تهاتر اختیاری است و تهاتر اختیاری در فقرهٔ دوم همین مبحث مذکور خواهد شد .

۳۴۴ - برای حصول تهاتر بغیر از شرایط مزبور فوق هیچ شرط دیگری لازم نیست بنا بر این تهاتر حاصل میشود و لو این که احد طرفین یا هر دو فاقد اهلیت باشند . راست است که تهاتر یك نوع از وفاء بعهد و بالنتیجه یکنوع از تادیه دین است وشخص وقتی می تواند دین خود را اداء کند که برای این امر اهلیت داشته باشد . ولی این تادیه تادیه ایست که بدون ارادهٔ دائن و مدیون و فقط بحکم قانون حاصل میشود و حکم‌قانون برای همه یکسان است . و همچنین تهاتر در صورتی نیز حاصل میشود کـه سبب دینین مختلف باشد چنانکه در آخر مادهٔ ۲۹۶ همین حکم با عبارت « و لـو باختلاف سبب » تصریح شدهٔ است . پس اگر قرض احد طرفین بدیگری مثلا از بابت مال الاجارهٔ باشد و طلب او از بابت ثمن مبیع بین این دو دین تهاتر حاصل خواهد شد اگر چه سبب آنها مختلف است .

تهاتر قهری همان طوری که قبلا ذکر نمودیم ، و همانطور که از اسم آن معلوم است ، قهراً حاصل می شود و لو اینکه در این باب طرفین تراضی نکردهٔ باشند (مادهٔ ۲۹۵) معذلك اگر کسی بر علیه مدیون خود نسبت بمطالبه طلبی کـه بواسطه تهاتر ساقط شدهٔ است اقامه دعوی نماید مدعی علیه باید برای احتراز از محکومیت بحصول‌تهاتر استناد کند ، و الا قاضی بواسطه عدم علم بحصول تهاتر ، و در صورت علم هم بواسطه این که از ایجاد دلیل برای متداعیین ممنوع است ، او را محکوم می نماید ولی این استناد بتهاتر و حکم قاضی بحصول آن با صفت قهری بودن تهاتر منافاتی نخواهد داشت زیرا که قاضی بوسیله حکم خود تهاتر را ایجاد نمیکند بلکه در حکم خود اخبار از حصول تهاتر می نماید .

۳٤٥ ــ حال باید دید که تهاتر نسبت باشخاص ثالث هم مؤثر است یا نه ؟ لزوم رعایت حقوق ثابتی که برای اشخاص ثالث ایجاد شده است مؤثر نبودن تهاتر را نسبت باشخاص مزبور ایجاب می نماید . چنان که مادهٔ ۲۹۹ در این موضوع مقرر می دارد « درمقابل حقوق ثابته اشخاص ثالث تهاتر مؤثرنخواهد بود و بنابراین اگر موضوع دین بنفع شخص ثالثی درنزد مدیون مطابق قانون توقیف شده باشد و مدیون بعداز این توقیف از داین خود طلبکار گردد نمی تواند به استناد تهاتر از تادیه مال توقیف شده امتناع کند » برای توضیح مطلب ، مفاد مادهٔ مزبوره را در ضمن مثل ذکر می کنیم :

زید مبلغ یکصد تومان بعمر و مقروض است بکر نیز معادل این مبلغ از عمر و طلبکار بوده و بر علیه او حکم صادر میکند و طلب عمر و از زید در نزد زید بنفع بکر توقیف می شود ، اگر بعد از این توقیف زید یکصد تومان از عمر و طلبکارشود دیگر نمیتواند در مقابل بکر بحصول تهاتر استناد کرده و از تادیه وجهی که توقیف شده است امتناع نماید .

حکم مذکوره در مادهٔ ۲۹۹ همان حکمی است که مطابق مادهٔ ۲۷٦ در مورد وفاء بعهد اتخاذ شده است . چنانچه بموجب مادهٔ اخیر « مدیون نمی تواند مالی را که از طرف حاکم ممنوع از تصرف در آن شده است در مقام وفاء بعهد تادیه نماید » همان طور مدیون نمیتوان به استناد تهاتر از تادیه مال توقیف شده بکسی که توقیف بنفع اوواقع شده است امتناع کند . ولی این نکته باید قید شود که ترتیب مذکور بهیچوجه پس از رفع توقیف در روابط بین دائن ومدیون یعنی روابط بین زید و عمر و که فوقاً مذکور شد از حصول تهاتر مانع نمیباشد . و بنابر این اگر توقیف رفع گردد بین زید وعمرو تهاتر قهری حاصل میشود .

فقره دوم

در تهاتر اختیاری

۳۴۶ ـ تهاتر وقتی اختیاری است که طرفین بحصول آن تراضی نمایند ولی بدیهی است که تراضی طرفین در موردی لازم است که نسبت بدینین تهاتر قهری نتواند حاصل شود ، و الا تهاتر قهراً حاصل خواهد شد . بنابراین اگر یکنفر مثلا بدیگری مقداری گندم ورامین مدیون باشد و از همان شخص همان مقدار گندم شهریار طلبکار شود چون بواسطه عدم اتحاد جنس دینین حصول تهاتر قهری ممکن نیست . لذا تهاتر حاصل نمیگردد مگر اینکه طرفین تراضی بر آن نمایند .

فقره سوم

در تهاتر قضائی

۳۴۷ ـ تهاتر قضائی تهاتری است که حاکم در نتیجه دعوی متقابل مدعی علیه نسبت بطلبی که نمی تواند مورد تهاتر قهری واقع شود حکم به آن می دهد . توضیح آنکه مطابق قانون اصول محاکمات حقوقی مدعی علیه حق دارد که در مقابل ادعای مدعی اقامه دعوائی نماید که مربوط بدعوای اصلی باشد و باین دعوی که دعوای متقابل نامیده میشود همان محکمه با دعوی اصلی تواماً رسیدگی کرده حکم می دهد . و بدیهی است اگر حاکم قضیه بعد از رسیدگی ملاحظه نماید که مثلا مدعی باید هزار تومان از مدعی‌علیه بگیرد و مدعی علیه هم هفتصد تومان باید از مدعی دریافت کند این دو مبلغ را تا میزان هفتصد تومان بطور تهاتر محسوب داشته و فقط حکم می دهد که مدعی علیه‌سیصد تومان بمدعی بدهد . این عمل حاکم تهاتر قضائی را تشکیل میدهد .

مبحث ششم

در مالکیت مافی الذمه

۳۴۸ ـ با ملاحظه ماده ۳۰۰ مالکیت مافی الذمه را می توان بطریق ذیل تعریف نمود :

مالکیت مافی الذمه عبارت است از اینکه یك نفر مالك آن چیزی گردد که بر ذمه دارد .

از عبارت مالکیت مافی الذمه که در قانون مدنی استعمال شده است ممکن است چنین استنباط نمود که این طریق از سقوط تعهدات منحصر است بحقوق دینیه ونه بحقوق عینه ، و حال آنکه حقوق عینیه نیز ممکن است با این طریق ساقط گردد . مثلا اگر یکنفر مالك ملکی است که برای آن در ملك همسایه حق میزاب موجود است.وبعداز آن همان شخص مالك ملك همسایه هم گردد ، در اینصورت موضوع حق میزاب از بین میرود زیرا که هیچکس نمیتواند برعلیه خود حقی داشته و بعبارة اخری بر نفس خود سلطنت داشته باشد . در هرحال موضوعیکه بموجب قانون مدنی پیش بینی شده است همان سقوط حقوق دینیه است بوسیله مالکیت مافی الذمه و قانون مزبور در ماده ۳۰۰ مثلی از این موضوع ذکر نموده و میگوید «اگر مدیون مالك مافی الذمه خود گردد ذمه او بری میشود مثل اینکه اگر کسی بمورث خود مدیون باشد پس از فوت مورث دین او بهنسبت سهم الارث ساقط میشود»

اساس سقوط تعهد بوسیله مالکیت مافی الذمه مبنی براینست که در این صورت اجرای حق غیر ممکن میگردد ، زیرا چگونه ممکن است که یکنفر درمقام این برآید که طلب خود را از خود وصول کند . واین امر امری است که هم محال وهم مخالف عقل میباشد .

چون سقوط تعهد بوسیله مالکیت مافی الذمه نتیجه عدم امکان اعمال حق است بنابراین باید اثرات آنرا محدود بهمان حدود عدم امکان نمود ، بعبارة اخری تعهدی که بوسیله مالکیت مافی الذمه ساقط میشود باید فقط در همان حدودی ساقط شده محسوب شود که باعدم امکان اعمال حق مواجه میشود و در غیر این حد تعهد بجای خود باقی و باید اثرات مترتبه بر آن ظاهر گردد . مثلا اگر کسیکه از پسر منحصر بفرد خود مبلغی طلبکار است بمیرد و ثلث خود را بشخص دیگر وصیت نماید در اینصورت بدیهی است که بواسطه فوت مورث و انتقال مایملك او بوارث منحصر بفرد دین و ارث ساقط میگردد ولی این دین برای حساب کردن ثلث که تعلق بغیر دارد موجود و باید در حساب ثلث منظور شود . چه عدم امکان اعمال حق که علت غائی سقوط تعهد بوده در این قسمت موجود نیست و نسبت باین موضوع دین ساقط شده محسوب نمیگردد .

مبحث هفتم

در مرور زمان

۳٤۹ – درقانون‌مدنی هیچ صحبتی از مرور زمان بمیان نیامده واین عبارت در قوانین مربوطه باموز حقوقی ایران دفعه اول در ماده سوم قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ استعمال شده است بدون اینکه مادهٔ مزبوره آنرا تعریف کند .

پس باید قبلا ببینیم که مقصود از مرور زمان چیست و اساس آن بر روی چه اصلی میتواند مبتنی باشد :

اصل مرور زمان در فقه اسلامی که منبع مهم و بلکه میتوان گفت منبع منحصر بفرد قانون مدنی ایران است عنوان‌خاصی ندارد وفقط بعضی‌ها ازسقوط احتمالی حق بوسیله مرور مدت سه یاده سال صحبت نموده اند بدون اینکه در این باب فتوای صریحی بدهند

این اصل متخذ از حقوق اروپا است که آنهم مرور زمان را از حقوق رم اقتباس کرده است. در حقوق اروپا دو قسم مرور زمان موجود است که یکی سبب تملک و دیگری سبب برائت محسوب میشود. اولی را مرور زمان مملک و دومی را مرور زمان مسقط میگویند و این دو قسم مرور زمان بطریق ذیل تعریف میشود .

مرور زمان مملک عبارتست از اینکه یکنفر بواسطه متصرف بودن در مدت معینی مالک عین متعلق بغیر میشود و مرور زمان مسقط سببی است که بواسطه آن حق دائن بعلت سکوت در مدت معینی ساقط میگردد .

در قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ که راجع است بمرور زمان در اعیان غیر منقوله و همچنین در قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ که راجع است بمرور زمان در دیون و اموال منقوله فقط صحبت از مرور زمان مسقط حق است و نه از مرور زمان مملک ولی بدیهی است کـه هیچیک از این دو قسم مرور زمان را نمیتوان بتنهائی و فی حد ذاته ملحوظ نمود زیرا در مقابل هر تملکی کـه در نتیجه مرور زمان حاصل بشود حقی از مالک واقعی ساقط و در مقابـل هر حقی کـه از صاحب حق ساقط میشود چیزی را مدیون آن حق مالک میگردد و آنچیز ممکن است عین باشد و یا مافی الذمه خود مدیون .

۳۵۰ – پس از ذکر این مقدمه لازم است ببینیم کـه اساساً مرور زمان را با چه اصلی میتوان تطبیق نمود .

در بادی امر مرور زمان مملك مخصوصاً امر غاصبانه بنظر میرسد زیرا که در نتیجه آن مالکیت مالك حقیقی بنفع غاصبی سلب میگردد و همچنین مرور زمان مسقط حق ذیحقی را بنفع من علیه الحق ساقط مینماید . ولی برای اثبات صحت اساس مرور زمان اینطور استدلال مینمایند که اگر درست تدقیق شود ملاحظه خواهد شد که مرور زمان خواه مملك باشد و خواه مسقط منتج بنتیجه عمده ایست که عامه ازاو منتفع میگردند - زیرا که مرور زمان در مورد اموال غیر منقوله مخصوصاً باعث تثبیت مالکیت شده و املاك مردم را از حال تزلزل خارج مینماید و بدون آن هیچکس نمیتواند خوددراقطعا مالك ملکی بداندچه بدون آن اثبات مالکیت تقریباً غیرممکن میشود ودلیل این ادعا آن است که برای اثبات مالکیت نه فقط باید مدعی مالکیت ثابت نماید که مال بنا قل قانونی از قبیل بیع یا معاوضه و یاارث باو منتقل شده است ، بلکه باید صحت مالکیت ید سابق خود را نیز به ثبوت برساند ؛ زیرا که انتقال مالکیت وقتی معتبر است که مورد انتقال ملك انتقال‌دهنده باشد ، و همچنین برای اثبات این که انتقال دهنده مالك بوده است باید مالکیت ید سابق او را نیز ثابت کند و بهمین ترتیب باید صحت مالکیت ایادی سابقه را یك یك ثابت‌نماید زیرا اگر بین ایادی سابقه ید غاصبی پیدا شده باشد مالکیت تمام ایادی بعد از او نیز غاصبانه خواهد بود . پس برای احتراز از این مشکلات مرور زمان نافع بوده و مشقات راجعه باثبات را فوق العاده تسهیل خواهد کرد . زیرا در این صورت همینقدر کافی خواهد بود که مدعی مالکیت ، تصرف خود را درمدت معینه قانونی ثابت نماید .

راست است که در مقابل این استدلال میتوان اظهار نمود که از متصرف سند مالکیت مطالبه نمی شود ، و خود تصرف دلیل مالکیت است ، ولی اگر مدعی مالکیت ، مالکیت‌خودرا ثابت نمود ویااگر متصرف بنحوی ازانحاء بمالکیت یکی‌از ایادی سابقه بر خود اقرار کرد نه این است که باید صحت انتقال از مدعی یاازید سابق را تا بخودثابت کند ، پس سند مالکیت بودن تصرف برای رفع اشکال کافی نبوده و مشکلات مزبوره فوق بحال خود باقی خواهد بود .

بعلاوه مرور زمان نسبت باشخاصی‌که سند مالکیت‌نداشته و یاآن را گم کرده اند کمك بسیار مفیدی نموده و دیگر مردم را از قید نگاهداشتن سند مالکیت خود و ایادی سابقه بر خود آزاد می نماید ، و همچنین نسبت بدیون مرور زمان باعث می شود

که دیگر یك نفر به تأدیه مکرر دین‌خودمجبورنمی شود ، زیرا که اگر مدیون مثلا دین خود را ادا نماید ، با نبودن مرور زمان مجبور خواهد بود که سند برائت خود را ، سال های متمادی ، هم خود و هم ورات او نگاهدارند ، و الا یا خود ، یا بعد از او ورات او ، مجبور خواهند شد که دین تأدیه شده را ثانیاً تأدیه کنند ، در صورتی که‌با بودن مرور زمان همین که حق مدعی بواسطه گذشتن مدت معین ساقط گردید ، دیگر مدیون سابق مجبور نخواهد بود که سند برائت خود را حفظ نماید .

گذشته از مراتب فوق اساس مرور زمان را می توان بر اعراض صاحب حقی از حق خود مبتنی نمود ، زیرا اگر کسی مثلا خود را مالك حقیقی عین غیر منقولی بداند و نسبت بان در ظرف مدت چهل یا بیست سال که بموجب ماده سوم قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ مقرر است اختیار سکوت کرده و برعلیه متصرف آن‌اقامه دعوی نکند آیا این سکوت و یا بعبارة اخری این مهملی مدعی حق ، نباید کاشف از این باشد که اگر واقعاً هم حقی داشته استاعراض از آن کرده ؟ وبر عکس متصرف چهل یابیست ساله را نباید تصور نمود که مالك واقعی بوده و یا در مقابل اعراض مالك واقعی مورد ادعا را بحیازت مالك شده است؟

راست است که با لمال ممکن است در نتیجه استفاده از مرور زمان ، حقی هم پایمال گشته ، و بعوض صاحب حق ، بنا حق کمك شود ، ولی‌منافع عمومی‌ایجاب می‌نماید که دارائی مردم حتی المقدورتثبیت شده واز حال تزلزل خارج گردد و علاوه‌مخاصمات بین مردم نیز حتی‌الامکان رفع شود . و اگر مقصود قوانین صرف احقاق حق باشد بدون این که فصل خصومت نیز فی حدذاته منظور نظر گردد ، اداره امور معاشی مردم غیر ممکن می گردد و بهمین جهت است که قسم مثلا قاطع‌دعوی محسوب گشته وحاکم بایدکسی را که در موارد معینه بحقانیت خود و یا بعدم حقانیت طرف خود قسم یاد می نماید ذیحق شناخته و بر له اوحکم دهد و حال آنکه ممکن است کسی قسم دروغ یاد نموده باشد .

درهر حال ماده ۳ قانون ۲۱ بهمن‌ماه ۱۳۰۶ وقانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ یك نوع مرور زمان ایجاد کرده که ماهم آنرا جزوطرق سقوط تعهدات ذکر مینمائیم ، ولی بهتر آن میشدکه‌این مرورزمان جزواسباب تملك‌هم‌ذکرشود، زیرادرآنقسمت‌که مربوط باعیان‌است

بطریق غیر مستقیم ، یعنی در نتیجه عدم موفقیت مدعی مالکیت در دعوائی که ممکن است اقامه کند ، مالکیت متصرف نسبت باعیان مزبوره تثبیت میشود ، و اگر از ذکر آن جزو اسباب تملك منصرف شدیم فقط بعلت آن است که خود مقنین نیز ازاینکه صراحتاً این قسم مرور زمان را مملك بشناسد ، احتراز کرده و فقط آن را یك وسیله دفاع برای متصرف قرار داده‌اند ، که در نتیجه آن مدعی خود را محکوم و بطورغیر مستقیم مالکیت خود را نسبت بموضوع ادعا احرازمیکند . و در هر صورت اگر مرور زمان نسبت باعیان غیرمنقوله را بتوان تااندازهٔ مملك محسوب نمود ، مرور زمان نسبت بدیون حتماً مرور زمان مسقط است و نه مملك.

برای توضیح مطالب راجعه بمرور زمان لازم است که ماده ۳ و ٤ و ٥ قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰٦ و تمام مواد قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ را عیناً نقل کنیم :

۳۵۱ – (الف) مواد۳و٤و٥ قانون ۲۱ بهمن‌ماه ۱۳۰٦:

ماده‌سوم–مدت مرور زمان نسبت بقبل از تصویب این قانون از تاریخ منشاءدعوی چهل سال شمسی است صاحب دعوی میتواند هرگاه از تاریخ منشاء دعوی کمتردازچهل سال گذشته از بقیه مدت تاچهل سال شمسی استفاده کند باین ترتیب :

در هر دعوائی نسبت بعین غیر منقول که بعنوان مالکیت در تصرف کسی‌است هر گاه تاریخ منشاء و سبب تولید دعوی چهل سال شمسی یا زیاد تر قبل از تصویب‌این قانون بوده و در مدت چهل سال شمسی هم در هیچیك از محاکم وقت اقامه نشده بـه تقاضای مدعی علیه که باید تا اعلان ختم محاکمه در مرحله ابتدائی به عمل آیـد محکمه قرار منع تعقیب دعوی را خواهد داد و هر گاه تاریخ منشاء و سبب تولید دعوی کمتر از چهل سال شمسی باشد تاخاتمه چهل سال شمسی پذیرفته خواهد شد

مدت مرور زمان راجع بدعاوی نسبت بعین غیر منقول که پس از تصویب‌این قانون تولید میشود ازتاریخ منشاء دعوی بیست سال است

تبصره – در مرحله استینافی فقط وقتی میتوان از مرور زمان استفاده کرد که از حکم غیابی استیناف شده باشد

ماده‌چهارم– بایراد مرور زمان خواه قبل از رسیدگی بدعوی و خواه در ضمن رسیدگی اظهار شود محکمه مکلف است علیحده رسیدگی کرده قرار صادر نمایـد و این

قرار خواه مبنی بر رد ایراد باشد و خواه مبنی بر قبول مستقلا قابل استیناف و تمیز است و مادامی که تکلیف قرار در مراحل استیناف و تمیز معین نشود محکمه ابتدائی رسیدگی را بتاخیر خواهد انداخت - طلبکاران و ضامن مدعی علیه می توانند درصورتی که عدم استناد مدعی علیه بمرور زمان موجب ضرر آنها باشد وارد دعوی شده به مرور زمان استناد نمایند .

در صورتیکه مدعی علیه اقرار بمالکیت مدعی نماید مدت مرور زمان قطع میشود و همچنین است اگر مدعی علیه در سندی که بخط یا امضای مسلم او است اقرار بمالکیت مدعی کرده و از تاریخ سند مرور زمان نگذشته باشد

ماده پنجم - مرور زمان برعلیه کسانی که بعلت خطر جانی یا ناموسی و یا بعلت مخاطره در اموال خود یا اقرباء نزدیک خود نتوانسته‌اند اقامه دعوی نمایند جاری نمیشود مگر بعد از زوال مانع

مرور زمان برعلیه کسانی که در تحت ولایت هستند مثل صغیر و مجنون و سفیه جاری نمیشود - زوج و زوجه نمی توانند نسبت بیکدیگر از مرور زمان مزبور در ماده سوم استفاده نمایند . نسبت باملاکی که در دفترثبت املاک ثبت شده است مرور زمان جاری نمی شود - مرور زمان قابل اسقاط است ولی اسقاط آن وقتی ممکن است که بواسطه مرور مدت معینه در این قانون حاصل شده باشد. اسقاط مرور زمان باید صریح باشد

متولی و قیم و ولی و همچنین کسی که ممنوع از تصرف درمالی است نمیتواند مرور زمانی را که برای او حاصل شده است اسقاط کند .

۳۵۲ - (ب) قانون مرور زمان اموال منقوله مصوب ۲ تیرماه ۱۳۰۸ شمسی

ماده اول - در دعاوی راجع به حقوقیکه باقساط ماهیانه یا کمتر از یک ماه تادیه میشود باستثناء مال‌الاجاره و مال الصلح راجع به منافع اموال غیر منقول و همچنین در دعاوی راجع بقیمت یا حقیکه بنا بر عرف و عادت فوراً یا در مدت کمی پرداخت می گردد از قبیل قیمت خوراک و منزل در مهمانخانه و حق‌العلاج طبیب و حق الوکاله و امثال آن مدت مرور زمان سه سال است .

ماده دوم - در سایر دعاوی اعم از اینکه راجع بدیون یا باموال منقول و غیر

منقول باشد باستثنای دعوای مالکیت و وقفیت نسبت بمال غیر منقول مدت مرور زمان ده سال است :

مادهٔ سوم ـ مدت مرور زمان از روزی شروع میشودکه صاحب مال یا صاحب حق یا دائن مستحق مطالبه میگردد .

در دعاوی راجعه بصغار یا مهجورین مطلقا مرور زمان از تاریخ بلوغ و رشد ویا رفع حجر محسوب میشود در دعاوی راجعه بحقوق ارتفاقی مرور زمان از تاریخی شروع میشود که نسبت باستفادهٔ از حق مزبور جلوگیری شده باشد در دعاوی راجعه باسترداد ودیعه و اماناتیکه محدود بمدت معین نباشد و همچنین راجع بتعهداتیکه برای انجام آن مدتی معین نشده یا عندالمطالبه باید انجام شود مادام که بوسیله اظهاریه رسمی ردودیعه یا انجام تعهد تقاضا نشده مرور زمان جاری نمیشود .

در مورد طلبیکه وثیقه منقول یا غیر منقول دارد مادام که وثیقه درتصرف طلبکار است مرور زمان جاری نخواهد شد .

نسبت بدعوای استراد وثیقه مدت مرور زمان از روزی شروع میشود که وثیقه بوسیله تادیه دین یا جهت دیگری فك شده باشد .

زوج و زوجه و همچنین پدر و مادر و جد و جده و اولاد مطلقا و برادر و برادر و خواهر و خواهر و برادر و خواهر در دعوای ارث نمیتوانند نسبت بیکدیگراز مرور زمان استفادهٔ نمایند .

در دعوای متقابل هرگاه مدت مرور زمان منقضی شده باشد تا روز اولین جلسه محاکمه در محاکمات اختصاری و تا تاریخ تقدیم اولین لایحه در محاکمات عادی برای اقامه دعوای متقابل مهلت داده میشود .

مادهٔ چهارم ـ هرگاه کسیکه مرور زمان بر علیه او جریان دارد بوسیله عرضحال رسمی یا اظهاریه قانونی حق خود را مطالبه نماید مدت مرور زمان منقطع میشود وبرای حصول مرور زمان گذشتن مدت جدیدی لازم است این مدت جدید در مورد مرورزمان دهساله سه سال و در مورد مرور زمان سه ساله یکسال علاوهٔ بر بقیه مدت مرور زمان قبل از انقطاع خواهد بود .

مرور زمان را بیش از یکمرتبه نمیتوان منقطع نمود

مادهٔ پنجم ـ در موارد ذیل انقطاع مرور زمان حاصل نمیشود :

۱ ـ در صورتیکه مدعی دعوای خود را مسترد دارد

۲ ـ در صورتیکه عرضحال بمحکمهٔ که صلاحیت رسیدگی نداشته داده شده و تا سه ماه پس از ابلاغ قرار قطعی عدم صلاحیت دعوی در محکمه صلاحیت دار اقامه نشود .

مادهٔ ششم ـ مفاد تبصرهٔ مادهٔ ۳ و مواد ٤ و ٥ قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰٦ راجع بثبت عمومی املاک ومرور زمان باستثناء آنچه که مخصوص باملاک ثبت شده دردفتر املاک است در مورد کلیه دعاوی رعایت خواهد شد .

مادهٔ هفتم ـ مفاد مادهٔ ٤ و ٥ این قانون نسبت بدعوای مالکیت و وقفیت اموال غیر منقول نیز مجراست ولی در صورت انقطاع مدت مرور زمان جدید پنجسال علاوه بربقیه مدت مرورزمان قبل‌از انقطاع خواهد بود .

مادهٔ هشتم ـ مدت مرور زمان کلیه دعاوی مذکور در مادهٔ ۱ و ۲ باستثنای دعوای مالکیت و وقفیت اموال غیر منقول که در تاریخ اجرای این قانون مطابق مقررات فوق مرورزمان نسبت بانها حاصل شده یا کمتر از دوسال بحصول مرور زمان مانده‌باشد تا دو سال در محاکم عدلیه پذیرفته خواهد شد مشروط بر اینکه در تاریخ اجرای این قانون از تاریخ منشاء و تولید دعوی یا آخرین تعقیب بیشتر از سی سال نگذشته باشد

مادهٔ نهم ـ مقررات این قانون بهیچوجه ناسخ مقررات قانون تجارت وقوانین دیگر راجع بمرورزمان نخواهد بود .

حال باید مطالب راجعه بمرور زمان را که در دو قانون فوق نسبت بان‌احکامی مقرراست‌یک‌یک تحت مطالعه درآویم .

فقره‌اول

دراموالی که نسبت بانها مرورزمان حاصل می‌شود

۳۵۳ ـ مرورزمان ممکن است نسبت بکلیه اموال اعم از منقول و غیر منقول و اعم از اعیان و دیون حاصل گردد ولی در مورد اعیان و مخصوصاً اعیان غیر منقول باید این نکته خاطر نشان شود که امکان حصول مرور زمان متوقف است برقابل تملک

بودن آن اعیان . گرچه در هیچ یك از دو قانون راجع به مرور زمان این نکته تصریح نشده و عبارات آن ها بطور مطلق نوشته شده است ولی بدیهی است که چون مرور زمان ممکن است بطور غیر مستقیم متصرف ملك غیر را در مقابل تمام مردم مالك بشناساند ، لذا مرور زمان فقط در مورد املاکی میتواند حاصل شود که قابل تملك خصوصی باشد ، بنا بر این نسبت بکلیه اموالی که بموجب مواد ۲۴ و ۲۵ و ۲۶ قانون مدنی ، افراد مردم از تملك آن ممنوع شده اند و یا قانون آنرا غیر قابل تملك خصوصی قرار داده است ، حصول مرور زمان ممکن نیست ، زیرا اگر نسبت باموال مزبوره حصول مرور زمان ممکن میشد اصلی که نظر بمنافع عمومی اتخاذ شده است نقض میگردید . راست است که شاید بتوان ایراد نمود که خود اصل مرور زمان هم از جمله اصولی است که نظر بمنافع عمومی اتخاذ شده است ولی بدیهی است که بین این دو اصل اصل راجع بغیر قابل تملك بودن بعضی اموال بیشتر موافق با منافع جامعه است و باید این اصل باصل مرور زمان حکومت کند .

پس حصول مرور زمان نسبت باموالی که مطابق قانون‌افراد نمیتوانند تملك نمایند ویاغیر قابل تملك خصوصی است ممکن نمیباشد .

فقره دوم

در شرایطی‌که برای حصول مرور زمان لازم است

۳۵۴ - از مجموع مواد قانون راجع بمرور زمان و مخصوصاً از مادهٔ سوم‌قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ کاملا مستفاد میشود که هرگاه یکنفربخواهد در مورد اعیان بحصول مرور زمان استناد کند ودعوی مدعی خودرا رد نماید باید نسبت بعینی که مورد ادعای مدعی است در مدت معینه قانونی تصرف مالکانه داشته باشد و بعلاوه از مادهٔ ۳ و ٤ قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ معلوم میشود که در مورد حقوق و دیون وقتی ممکن است به حصول مرور زمان استناد کرد که صاحب حق در مدت معینه قانونی اختیار سکوت کرده و با وجود اینکه برای مطالبه مستحق بوده است حق خود را در مدت مزبور مطالبه نکرده باشد . پس معلوم می شود که برای حصول مرور زمان وجود سه شرط لازم است :

اول - تصرف دوم - سکوت صاحب حق سوم - مرور مدت معینه قانونی .
که ما هر یك از آنهارا یك‌یك شرح میدهیم :

۳۵۵ - (الف) تصرف - شرط تصرف در حقیقت منحصر است بمرور زمان نسبت باعیان اعم از منقول و غیر منقول - چه در دیون و حقوق که وجود خارجی قابل تلمس ندارد نمیتوان گفت که مدیون متصرف دین است، و نسبت بانها همان شرط سکوت دائن است که دیلا شرح داده خواهد شد . در هر حال تنها تصرفی که میتواند موجب مرور زمان باشد تصرف مالکانه است یعنی متصرف باید نسبت بعین همان تسلط و استیلا را داشته باشد که هر مالکی نسبت بمایملك خود دارد بنا براین اشخاصیکه بعنوان غیر ، یا از قبل غیر متصرف هستند ، چون تصرف آنها تصرف مالکانه نیست نمیتوانند بحصول مرور زمان استناد کنند ، هرچند که مدت تصرف آنها بیشتر از مدت معینه قانونی باشد . مثلاولی مجنون که متصرف اموال مجنون است نمیتواند بحصول مرور زمان استناد کند ، ولواین که مدت تصرف او زیاد تر از مدت معینه قانونی باشد ، زیراکه تصرف اوتصرف‌مالکانه نبوده بلکه بعنوان ولایت متصرف میباشد ، و همچنین است تصرف مستاجر درعین‌مستاجره و یا وکیل در اموال موکل خود.

۳۵۶ - (ب) سکوت مدعی حق - برای اینکه متصرف یا مدیون بتواندبحصول مرور زمان استناد کند و ادعای مدعی را رد نماید باید مدعی در مدت معینه قانونی‌بصدد استرداد عین و یا مطالبه رسمی حق خود بر نیامده باشد و در حقیقت نسبت بدیون و حقوق این شرط مرادف با شرط تصرف است، در اعیان ؛ چه در این صورت نیز مدعی علیه متصرف حق مدعی شناخته میشود .

مطالبهٔ که مانع از جریان مدت و حصول مرور زمان میشود مطالبه رسمی است . بنا براین هر قدر مدعی بطور خصوصی و از مجازی غیر رسمی بمقام مطالبه بر آید از جریان مدت و بالنتیجه از حصول مرور زمان جلوگیری نخواهد شد و تنها مطالبهٔ که می تواند قانوناً از حصول مرور زمان جلوگیری نماید مطالبه ایست که بوسیله تقدیم عرض حال بمحکمه و یا بوسیله اظهاریه قانونی بعمل میاید و این ترتیب از مفاد مادهٔ ٤ قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ که عین آن فوقاً نقل شده کاملا مستفاد میشود .

۳۵۷ - (ج) مدت - مدت مرور زمان نسبت بدعاوی مختلفه مختلف است و از

مجموع مواد قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ و ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ معلوم میشود که از حیث مرور زمان دعاوی بر سه قسم تقسیم میشود :

۱ ــ دعاوی که نسبت بانها مدت مرور زمان سه سال است .

۲ ــ دعاوی که نسبت بانها مدت مزبور ده سال است

۳ ــ دعاوی که مدت مرور زمان نسبت بانها بیست سال است .

علاوه بر مدتهای فوق که مدت معمولی میباشد یك مدت استثنائی بموجب قانون ۲۱ بهمن‌ماه ۱۳۰۶ و دو مدت استثنائی هم بموجب قانون ۲ تیرماه ۱۳۰۸ برقرار شده :

مدت استثنائی که بموجب قانون اولی بر قرار گردیده عبارتست از چهل سال و دو مدت استثنائی که بموجب قانون دوم بر قرار شده عبارتست از دو و سی سال

۳۵۸ ــ دعاوی که نسبت بانها مرور زمان بگذشتن سه سال حاصل میشود بموجب مادهٔ اول قانون ۲ تیرماه ۱۳۰۸ معین شده و بقرار ذیل است :

اول ــ دعاوی راجع بحقوقی که باقساط ماهیانه یاکمتر از یکماه تادیه میشود باستثناء مال‌الاجاره ومال‌الصلح راجع بمنافع اموال غیر منقول .

دوم ــ دعاوی راجع بقیمت یاحقی که بنا بر عرف و عادت فوراً یادر مدت کمی پرداخت میگردد از قبیل قیمت خوراك و منزل در مهمانخانه و حق‌العلاج طبیب و حق‌الوکاله وکیل و امثال آن .

۳۵۹ــ دعاوی که نسبت بان‌مدت‌مرور زمان ده سال است بموجب مادهٔ دوم قانون مذکور فوق معین شده و عبارتست از کلیه دعاوی راجعه باموال منقول و غیر منقول و دیون وحقوق که برای آن مدت دیگری معین نشده باشد ،

راست است که عبارات مادهٔ مزبوره صراحتاً مبین این مقصود نیست ولی از مفادآن این نکته بطور وضوح مستنبط است . چه مادهٔ اول قانون ۲ تیرماه ۱۳۰۸ دو قسم دعاوی بیان کرده است که نسبت بانها مرور زمان بمضی مدت سه سال حاصل میشود وازآن دوقسم ، دعاوی مربوطه بمال الاجاره و مال الصلح راجع بمنافع اموال غیر منقول را استثناء کرده ومادهٔ دوم قانون مزبور نسبت بکلیه دعاوی‌که مستثنای ماده اول نیز جزو آنها میشود مدت مرور زمارا دهسال‌قرار داده باستثناء دعوی مالکیت و وقفیت نسبت باموال غیر منقول که بموجب مادهٔ سوم قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ مدت مرور زمان نسبت بانها بیست سال است

پس مجمل آنکه در هر دعوای دیگری که مدت مرور زمان نسبت بان سه یا بیست سال نباشد مدت مرور زمان ده سال خواهد بود .

۳٦۰ ـ دعاوی کـه نسبت بان مدت مرور زمان بیست سال است عبارتست از دعوای مالکیت و یاوقفیت نسبت باعیان غیر منقوله و این مطلب هم از ماده ۳ قانـون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰٦ و هم از ماده ۲ قانون ۲ تیرماه ۱۳۰۸ مستنبط است .

۳٦۱ ـ مدت استثنائی چهل سال راجع است بدعاوی مربوط بمالکیت ویا وقفیت اموال غیر منقوله که‌منشاء وسبب تولید آنها قبل از ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰٦ بوده .

مدت استثنائی دو سال راجع‌است بدعاوی که در تاریخ اجرای قانون ۲ تیرماه۱۳۰۸ نسبت بانها مرور زمان مطابق‌مقررات قانون مزبور حاصل شده و یا فقط شروع‌گشته ولی بحصول آن کمتر از دوسال مانده باشد . چه مطابق ماده ۸ قانون مذکور دعاوی مربور درظرف دو سال از تاریخ اجرای آن قانون در محاکم عدلیه مسموع خواهند بود مشروط براین که از تاریخ منشا و تولید دعوی یا آخرین تعقیب بیش از سی سال نگذشته باشد واین سی سال همان مدت استثنائی دوم را تشکیل میدهد که بموجب قانون ۲ تیرماه ۱۳۰۸ بر قرار شده است .

فقره سوم

در مبدء مدت مرور زمان

۳٦۲ ـ بطوریکه فوقاً مذکور شد مضی مدت معیـن یکـی از شرایط حصول مرور زمان است ، و همینکه مدت قانونی منقضی گردید صاحب حق دیگر نمیتوانـد برای استرداد حق خود بمحکمه صالحه رجوع کند واگر رجوع نمود طرف او میتواند بمرور زمان استناد کرده دعوای او را رد نماید . پس‌تشخیص اینکه در حین مطالبه مدت قانونی منقضی شده یا نه فوق العاده مهم است و ممکن است که یکروز فاصله کمتر یـا بیشتری موجب حقانیت مدعی و یا محکومیت او به بیحقی باشد وبرای تشخیص این موضوع‌چیزی که ازهمه مهمتراست تشخیص مبدء این مدت است .

۳٦۳ ـ از ماده سوم قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰٦ بطور وضوح معلوم میشود که مبدء مدت مرور زمان نسبت بدعاوی مالکیت اعیان غیر منقول از تـاریخ منشاء دعـوی

محسوب میشود چه مادهٔ مزبورهٔ صراحتاً مقرر داشته است که « در هر دعوائی نسبت بعین غیر منقول که بعنوان مالکیت در تصرف کسیست هرگاه تاریخ منشأ و سبب تـولید دعوی چهل سال شمسی یا زیاد تر قبل از تصویب این قانون بوده و در مدت چهل سال شمسی هم در هیچیك از محاکم وقت اقامه نشده بتقاضای مدعی علیه .... محکمه قرار منـع تعقیب دعوی را خواهد داد » و همچنین مادهٔ مزبوره اضافه مینماید که « مـدت مرور زمان راجع بدعاوی نسبت بعین غیرمنقول که پس از تصویب این قانون تولید میشود از تاریخ منشأ دعوی بیست سال است » پس مطابق این ماده در دعاوی راجعه باعیان غیر منقول مبدء مدت مرور زمان ازتاریخ منشأ وسبب تولید دعوی محسوب میشود . بنا بر این باید بدانیم که مقصود ازمنشأ وسببتولید دعوی چیست .

منشأ دعوی و یا سبب تولید آن بطوریکه از خود اینجمله هم معلوم میشودعبارت است از امریکه بمدعی حق اقامه دعوی را میدهد . مثلا اگر یکنفر ملك متصرفی غیررا عدواناً تصرف نماید منشأ و سبب تولید دعوی همان فعل غاصبانه است . بنا بر این‌اگر مالك درظرف چهل سال در صورت وقوع غصب قبل‌از ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ و درظرف بیست سال درصورت وقوع غصب بعد از تاریخ مزبور ، اقامه دعوی نکند دیگر بعد از آن دعوای او مسموع نخواهد بود . و همچنین اگر کسی ملك غیر را بعنوان مستاجر متصرف باشد، و بعد از انقضاء مدت اجاره بدون اجازهٔ مالك در آن ملك تصرفاتمالکانه نماید ، ومالك هم بمقام استرداد عین مستاجرهٔ بر نیاید و مدت چهل یا بیست سال ازتاریخ انقضاء مدت اجارهٔ بگذرد، مستاجر سابق میتواند بحصول مرور زمان استناد کند زیـرا که منشأ دعوی یعنی امریکه بمالك حق مطالبه تخلیه عین مستاجره را می دهد همان انقضاء مدت اجاره است .

در مرور زمان نسبت بحقوق و دیون ، مادهٔ ۳ قانون ۲ تیرماه ۱۳۰۸ مقررمی دارد که « مدت مرور زمان از روزی شروع میشودکه صاحب مال یا صاحب حق یادائن مستحق مطالبه میگردد » اگرچه ظاهراً عبارات این ماده غیر از عبارات مادهٔ سومقانون ۲۱ بهمن ماه۱۳۰۶ میباشدولی اگردقت گردد معلوم خواهدشد که این دو مادهٔ یك مقصود را بعبارات مختلفه بیان کردداند چه منشأ و سبب تولید دعوی بطوریکه فوقاً ملحوظ شد همان استحقاق بمطالبه حق است .

پس تعیین اینکه مدت مرور زمان از تاریخ منشأ دعوی شروع میشود همان تعیین اینست که مرور زمان از روز استحقاق صاحب حق بمطالبه حق خود شروع میگردد .

۳٦٤ - پس بطور کلی و علی العموم مدت مرور زمان از روزی شروع میشود که صاحب حق مستحق مطالبه میگردد . معذلك مادهٔ سوم قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ مبدء های استثنائی دیگری برای بعضی موارد خاص معین کرده است که ذیلا بیان می کنیم :

اولا ـ مطابق مادهٔ مزبوره «در دعاوی راجعه بصغار یا محجورین مطلقا مرور زمان از تاریخ بلوغ و رشد و یا رفع حجر محسوب میشود» بنا بر این اگر کسی بصغیری مدیون باشد نمیتواند در زمان صغر داین خود از حصول مرور زمان استفاده نماید . چه در این صورت مبدء مدت مرور زمان از تاریخ بلوغ و رشد دائن خواهد بود . ولی این نکته نیز باید توضیح شود که اگر کسی بدیگری مقروض باشد و طلبکار او قبل از حصول مرور زمان محجور گردد ، در این صورت بعد از رفع حجر شروع مدت جدیدی لازم نخواهد بود بلکه بطوریکه ذیلا مذکور خواهد شد در تمام مدت حجر ، جریان مرور زمان متوقف بوده و مبدء جریان مجدد آن برای تکمیل مدتی که قبل از حجر جریان یافته از تاریخ رفع حجر محسوب میگردد .

ثانیاً ـ مطابق مادهٔ مذکور فوق «در دعاوی راجعه بحقوق ارتفاقی مرور زمان از تاریخی شروع میشود که نسبت باستفادهٔ از حق مزبور جلوگیری شده باشد» در این مورد استثناء از اصل کلی نشده ، بلکه جلوگیری از حق ارتفاق ، همان تاریخی است که صاحب حق را مستحق مطالبه مینماید . چه صاحب حق ارتفاق مادام که از حق او جلوگیری نشده است حق رجوع بکسی ندارد و همینکه مزاحمی پیدا شد ، از تاریخ مزاحمت حق رجوع باو دارد .

ثالثاً ـ مادهٔ سوم قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ اضافه مینماید که « در دعاوی راجعه به استرداد ودیعه و اماناتی که محدود بمدت معین نباشد و همچنین در دعاوی راجعه بتعهداتی که برای انجام آن مدتی معین نشده ، یا عند المطالبه باید انجام شود مادام که بوسیله اظهاریه رسمی رد ودیعه یا انجام تعهد تقاضا نشده مرور زمان جاری نمیشود .

اگر چه ظاهراً این مورد باید از موارد عدم جریان مرور زمان محسوب شود

ولی در عین حال مبدء مدت مرور زمان را نیز معین مینماید . و در صورت مفروض مدت مرور زمان از تاریخ اظهاریه رسمی خواهد بود . زیرا چون برای انجام تعهدمدتی مقرر نبوده است لذاعدم مطالبه‌را نمی توان بر اعراض صاحب‌حق ازحق‌خود حمل نمود .

رابعاً ــ نسبت بطلبی که وثیقه منقول یا غیر منقول دارد ماده سوم قانون مزبور فوق مقرر میدارد « مادام که وثیقه در تصرف طلبکار است مــرور زمان جاری نخواهد بود » و از مفهوم مخالف آن استنباط میشود که در این صورت مبدء مرور زمان از تاریخی باید محسوب شود که وثیقه از تصرف طلبکار خارج گردد ولی بدیهی است‌که این ترتیب در صورتی باید رعایت گردد که بعد از عقد وثیقه ، طرفین بر عدم استمرار تصرف مرتهن تراضی نکرده باشند و الا مبدء مرور زمان از تاریخی خواهد بود کــه مرتهن بمطالبه طلب خود مستحق شده باشد .

خامساً ــ در مورد دعوی استرداد وثیقه ماده مزبور فوق مقررداشته است‌که « مدت مرورزمان از روزی شروع‌میشود که وثیقه بوسیله تادیه دین یا بجهت دیگری فك‌شده باشد . »

اگر چه برای این مورد علاوه بر حکم کلی که مبدء مرور زمان را از تاریخ استحقاق ذیحق بمطالبه حق خود قرار داده است تصریح مخصوصی نیز در قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ بعمل آمده است ولی این تصریح نیز استثناء از حکم کلــی نمیباشد . چه راهن مادام که رهن فك نشده است حق مطالبه و استرداد عین مرهونه را ندارد وهمین که رهن فك شد برای مطالبه مستحق میشود و حکــم کــلی نیز همین است که مدت مرور زمان از روز استحقاق صاحب حق بمطالبه حق خود شروع میشود .

۳٦۵ ــ نظر بمراتب مسطوره مبدء مدت مرور زمان معلوم . ولی ممکن است در حساب مدت این اشکال تولید شود که آیا مدعی علیه باید در تمام مدتی که برای‌حصول مرور زمان لازم است‌خود متصرف مدعابه باشد ویا میتواند مدت تصرف ایادی سابق برخود را نیز ضمیمه مدت تصرف خود نموده و دعوی مدعی را باستناد مرور زمان رد نماید ، در این موضوع ، هم قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰٦ وهم قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ اختیار سکوت کرده و حکم صریحی معین ننموده است ولی از روح دو قانون مزبور و سایر قوانین دو نکته ذیل را میتوان استنباط نمود : اولا متصرف میتواند مدت تصرف ایادی سابق برخود را برای تکمیل مدتیکه بموجب قانون برای حصول مرور زمان مقرر است

بر مدت تصرف خود اضافه نماید . و ثانیاً تصرف متصرف و یا متصرفین سابق بایدمستمر باشد ، و حال این دو مطلب را یك یك توضیح میدهم :

۳۶۶ - (الف) متصرف میتواند برای تکمیل مدت قانونی ، مدت تصرف ایادی سابق بر خود را بر مدت تصرف خود اضافه نماید - صحت این مطالب بـه دلائل ذیل ثابت می شود .

۱ - بطوری که قبلا اظهار نمودیم مرور زمان مندرج در قانـون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ و قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ مرور زمان مسقط است نه مرور زمان مملك . یعنیمقنن دعوی کسیرا کهدر مـدت معینیبمقام مطالبه حقخود برنیامده وازاقامه دعویخود داری کرده است محکوم بهمنع تعقیب مینماید بعبارةاخری حصول مرور زمان نهاز این حیث است که دیگری مال غیر را در ظرف مدت قانونی متصرف بوده است بلکـه از این جهت است که مدعی مالکیت در ظرف این مدت به مقام ادعا بر نیامده است . پس نظر به مراتب فوق هر متصرفی می تواند فقط باستناد این که از تاریخ منشاء دعوی مدت لازم برای حصول مرور زمان گذشته است از محکمه تقاضا نماید کـه ادعای مدعی را محکوم بمنع تعقیب کند . ولو این که مدت تصرف خود به تنهائی بـرای حصول مرور زمان کافی نباشد و در این صورت متصرف نتیجتاً مدت تصرف ایادی سابقه برخودرا ضمیمه مدت تصرف خود مینماید .

۲ - قانون خالصجات انتقالی که آن هم استناد بمرور زمان را تجویز کرده است صراحتاً مقرر میدارد که متصرف می تواند مدت تصرف ایادی سابق بر خود رابرای تکمیل مدت مرور زمان و رد ادعای دولت ضمیمه مدت تصرف خود نماید و هیچ علتی نیست که افراد بتوانند در مقابل دولت از حقی استفاده کنند بدون اینکه از حق مزبوردر مقابل یکدیگر بتوانند استفاده نمایند.

۳ - هر کس که ملکی را بعنوان مالکانـه متصرف می باشد در مورد حقوق مربوطه به آن ملك قائم مقام کسی است که همان ملك را مالکانه متصرف بوده وآنرا باو منتقل کرده است ، بنابر این در مقابل مدعی مالکیت بین متصرف فعلی و متصرفسابق بر او هیچ فرقی موجود نیست ، بعبارة اخری از نقطه نظر حقوقی تصرف متصرف فعلی جزء لایتجزای تصرف متصرف سابق محسوب است ، و اگر غیر این می بود هر مدعی

مالکیت می توانست بمحض فوت متصرف بر ورثه او اقامه دعوی نماید ولو این که از تاریخ منشاء و تولید دعوای او بیش از چهل یا بیست سال هم گذشته باشد ، و این مستقیماً مخالف مقصودی می بود که مقنن از وضع قانون مرور زمان داشته است - راست است که شاید بتوان ادعا نمود که متصرف سابق مالک نبوده و بهیچوجه نمی توانسته است ملك را بناقل قانونی بمتصرف لا حق منتقل نماید ، ولی این ایراد وارد نیست زیرا اولا اگر عدم صحت تصرف نتواند موجب حصول مرور زمان گردد ، در موردمتصرف اولی نیز موجب حصول آن نمی شود ، و بنا براین اگر یك نفر غصباً ملکی راچهل یا پنجاه سال متصرف باشد نباید بتواند بحصول مرور زمان استناد کند - ثانیاً اگرمتصرف اولی بواسطه عدم صحت تصرف خود مالکیت ملك را نتواند به غیر منتقل کند لا اقل خواهد توانست که وضعیت حقوقی خود را منتقل بنماید زیرا وضعیت حقوقی او در مقابل مالك واقعی چنین ایجاب می نمود که اگر مالك در ظرف مدت چهل یا بیست سال اقامه دعوی نکند حق خواهد داشت که باستناد مرور زمان ادعای مدعی را ردنماید پس متصرف مزبور می تواند ملك را با همان وضعیتی که دارد یعنی با متضمن بودن این حق احتمالی برای متصرف به دیگری واگذار کند . بنا براین و نظر بمراتب فوق هر متصرف می تواند مدت تصرف مالکانه ایادی سابق بر خود را یعنی مدت تصرف ایادی را که متصرف حق را از آنها تلقی کرده است به مدت تصرف خود ضمیمه نموده مدت قانونی مرور زمان را تکمیل نماید.

۳۶۷ - (ب) تصرف متصرف باید مستمر باشد - مقصود از مستمر بودن تصرف متصرف نه این است که خود او دائماً با مال غیر منقول در تماس باشد و هم چنین مقصود نه این است که مال مزبور در تمام مدت در تصرف شخص متصرف باشد بلکه مقصود از مستمر بودن تصرف آنست که تصرف متصرف نه بوسیله امری که موجب انقطاع قانونی است منقطع گردد ، ونه بوسیله منتزع شدن ملك از تصرف متصرف از بین برود والا اگر تصرف متصرف بواسطه امری که قانوناً موجب انقطاع تصرف میباشد منقطع گردد از تاریخ انقطاع تصرف ، تصرف مستمر جدیدی لازم است تا بتواند بواسطه دوام در مدت چهل یابیست سال موجب حصول مرورزمان گردد، وهمچنین اگرمالك حقیقی یاغیراوملك غیر منقول را از تصرف متصرف که مرور زمان بنفع او جریان میابد منتزع و خود متصرف

گردد مانع از حصول مرور زمان میباشد و اگر ملك مجدداً بتصرف متصرف مزبور عودت کند مرور زمان حاصل نمی شود مگر اینکه این تصرف جدید در مدت چهل یا بیست سال مستمر باشد .

فقره چهارم

در انقطاع و عدم جریان مرور زمان

۳۶۸ ــ ممکن است تصرفی که مدت آن مساوی یا حتی بیشتر ازمدت‌قانونی مرورزمان باشدبرای حصول مرورزمان کافی نگردد و این وقتی است که مدت مرورزمان از جریان بیفتد ویا منقطع گردد .

بین عدم جریان و انقطاع مدت فرق‌مهمی موجود است: زیرا عدم‌جریان مدت عبارت‌است از اینکه مدت‌مرور زمان اصلاشروع بجریان نکند ویامدت مرور زمان که شروع بجریان کرده‌است بواسطه بودن‌مانعی متوقف‌بماند وپس ازرفع آن‌مجدداً جریان یابد، بنحوی که‌مدت تصرف بعد ازرفع مانع مدت تصرف قبل‌را تکمیل کند . و انقطاع مرور زمان عبارت‌است ازاین که بعلتی‌از علل قانونی مدت تصرف منقطع گشته‌و بکلی‌از بین برود، بنحوی که برای حصول مرور زمان مدت قانونی جدیدی لازم باشد منتهای مراتب این‌مدت جدید ممکن است کمتر از مدت سابق باشد بنحوی که بعداً شرح داده خواهد شد.

نظر بمراتب فوق، هریك از انقطاع مدت و توقیف جریان آن، نسبت به مرور زمان شروع شده تأثیر علیحده دارد ؛ چه بطوری که فوقاً مذکور شد نتیجه‌انقطاع نابود و کان لم یکن ساختن مدتی است که تاموقع انقطاع جریان یافته است، چنانکه ماده ٤ و قسمت آخر ماده ۸ قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ برای حصول مرور زمان بعد ازانقطاع آن مدت جدیدی را لازم شمرده است پس بموجب این دو ماده اگر مدعی به نحوی از انحاء مدت مرور زمان‌را منقطع نماید‌دیگر مدعی علیه نمی تواند بحصول مرور زمان استناد کند مگر وقتی که از تاریخ انقطاع مدت جدیدی که قانوناً مقرر است گذشته‌باشد و برعکس نتیجه عدم جریان مدت نابود و کان لم یکن ساختن مدت تصرف سابق برزمان توقیف جریان نمی باشد ، بلکه مدت سابق بجای خود مفید بوده و ممکن است پس از رفع مانع جریان یافته و بامدت جدید تکمیل شود . بنابر این اگر مرور زمان بر علیه

کسی شروع شده باشد و بعد آن شخص بعلت جنون محجور شود جریان مرور زمان‌در تمام مدت محجوری متوقف می ماند ، و مجدداً شروع به جریان نمیکند مگر بعد ازرفع حجر – پس در مرور زمان بیست ساله مثلا اگر شخصی ملك دیگری را مــدت ده سال متصرف باشد و بعد مالك بعلتی محجور گردد دیگر مرور زمان نمی تواند جریان‌یابد مگر بعد از رفع حجر و اگر بعد از رفع حجر تصرف متصرف ده سال دیگر دوام کندمرور زمان حاصل خواهد شد.

صفت خاص انقطاع مرور زمان که عبارت است از نابود شدن مدت سابق و لزوم گذشتن مدت جدید از تاریخ انقطاع از قسمت اخیر ماده چهارم قانــون ۲۱ بهمن ماه۱۳۰۶ بطور وضوح مستفاد میشود چه مطابق این قسمت ادعای مــدعی وقتی مردود خواهد بود که از تاریخ سند یعنی از تاریخ انقطاع مدت مجدداً مرور زمان حاصل‌شده باشد – وضعیت خاص عــدم جریان که عبارت باشد از مفید بودن مدت سابق و امکان تکمیل آن با مدتی کـه بعد از رفع مانع جریان می یابد از ماده پنجم قانون مزبور مستنبط است چه مطابق ماده مزبور مرور زمان بر علیه کسانی که به علت خطر جانی یا ناموسی‌و یا به علت مخاطره در اموال خود یا اقرباء نزدیك خود نتوانسته اند اقامه دعوی نمایند جاری نمی شود مگر بعد از زوال مانع – پس به موجب این ماده همین که مانع جریان یعنی خطر جانی و غیره مرتفع شد مرور زمان کـه سابقاً شروع شده بود و بهمین علت از جریان افتاده بود مجدداً شروع بجریان کرده و مدت آن تکمیل می شود و اگر وضع ید بر مال کسی که بعلت خطر جانی مثلا نمی تواند اقامه‌دعوی نماید در موقعی باشد که خطر مزبور هم موجودبوده است اصلا مرورزمان جریان نمی یابد مگر بعد از زوال مانــع یعنی مبدء مدت وقتی خواهــد بود که مانــع رفع شده باشد – حال باید به بینیم که درچه موارد مدت مرور زمان منقطع و در چـه موارد جریان آن متوقف میشود :

۱ - موارد انقطاع

۳۶۹ – از قسمت اخیر ماده چهارم قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ و همچنین از ماده چهارم قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ معلوم میشود که موارد انقطاع مرور زمان عبارت است از موارد ذیل :

۱ - اقرار مدعی علیه بمالکیت مدعی - ۲ مطالبه حق بوسیله اقامه دعوی- ۳ مطالبه حق بوسیله اظهاریه قانونی. بالاخره مورد چهارمی نیز برای انقطاع مرور زمان موجود است که‌در هیچیك ازدو قانون مذکورفوق تصریح به‌آن نشده‌ولی‌از مجموع مقررات آن‌استنباط‌میشودوآن عبارت است از عودت عینی که مرور زمان نسبت به آن جریان دارد به تصرف مدعی مالکیت. پس روی هم رفته موارد انقطاع عبارت خواهد بود ازچهار مورد که‌ماذیلا شرح میدهیم:

۳۷۰ - (الف) اقرار مدعی علیه بمالکیت مدعی. درموضوع اقرار قسمت‌اخیر مادهٔ چهارم قانون ۲۱ بهمن‌ماه ۱۳۰۶ چنین مقرر میدارد « درصورتی که مدعی‌علیه‌اقرار بمالکیت مدعی نماید مدت مرور زمان قطع میشود و همچنین است اگر مدعی علیه در سندی که بخط یا امضای مسلم او است اقرار به مالکیت مدعی کرده و از تاریخ سند مرور زمان نگذشته باشد ».

پس بموجب این مادهٔ اقرار ممکن است شفاهی باشد یا کتبی - و از عبارت قسمت اخیر مادهٔ چهارم قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ که‌میگوید « در صورتی که مدعی علیه اقرار به مالکیت مدعی نماید » چنین ممکن است استنباط شودکه اقرار شفاهی‌باید در محضر محکمه که مدعی مالکیت دعوای خود را در آن جا اقامه کرده است بعمل‌آید زیرا اگر اقرار در خارج از محکمه هم مفید می بود. استعمال کلمه مدعی و مدعی علیه مورد نداشت، ولی اگر درست دقت نمائیم ملاحظه خواهیم کرد که تقریباً در تمام موارد، قانون مزبور کسی را که مرور زمان بر علیه او حاصل شده یا میشود ،صاحب دعوی یامدعی، وکسی را که مرور زمان برله او حاصل شده یامیشود، مدعی علیه نامیده است. بنابر این باید گفته شود که برای قطع مرور زمان صدور اقرار درمحکمه لازم نیست، و بعلاوه خود اقامه دعوی از موارد انقطاع مرور زمان محسوب است و اگر باوجود این گفته میشد که اقرار صادر در محکمه فقط موجب قطع مرور زمان می شود مثل این میبود که قانون موردی برای تحصیل حاصل معین کرده باشد و نیز اگر مقصود این بود که اقرار باید حتماً در محکمه بعمل آید، و استعمال عبارت مدعی یا مدعی علیه حاکی از این قصد میبود بایستی همین استدلال در مورد اقرار ضمن سند هم بشود، زیرا در این‌مورد نیز عبارت قانون از این‌قرار است « و همچنین اگرمدعی

علیه در سندی که بخط یا امضای مسلم او است اقرار بمالکیت مدعی کرده و از تاریخ سند مزبور مرور زمان نگذشته باشد » و حال آن که خود این جمله که « از تاریخ سند مزبور مرور زمان نگذشته باشد » حاکی ازاین است که اقرار در ضمن سند ، سابق بر موقع اقامه دعوی است یعنی سابق بر زمانی است که طرفین درمقابل یکدیگر سمت مدعی و مدعی‌علیهی پیدا کرده اند.

نظر بمراتب فوق معلوم میشودتنها اقراری که موجب انقطاع مرور زمان می گردد همان اقرار درخارج ازمحکمه است چه اقرار در محکمه بعد از اقامه دعوی خواهد بود - و اگر دعوی قبل از حصول مرور زمان اقامه شده باشد خود قاطع مرور زمان است و اگر بعد از انقضاء مدت مرور زمان اقامه شده باشد و مدعی علیه بجای استناد بمرور زمان اقرار بمالکیت مدعی نماید موجب محکومیت خود را فراهم میکند و نه موجب انقطاع مرور زمانرا ولی بدیهی است که اقرار واقع در خارج‌از محکمه باید اقراری باشد که‌بعد از ثبوت محکمه بتواند بان ترتیب اثر دهد.

اقرار متصرف ، و یا باصطلاح قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ اقرار مدعی‌علیه ، خواه کتبی باشد و خواه شفاهی ، ممکن است‌صریح باشد یا ضمنی، اقرارصریح وقتی است که متصرف شفاهاً یا کتباً ولی بطور صریح اقرار بمالکیت مدعی مالکیت بنماید ، و اقرار وقتی ضمنی است که لفظ یا کتابت او حاکی از مالکیت مدعی مالکیت باشد - مثلا اگر متصرف شفاهاً یا کتباً از مدعی مالکیت‌اجازه بخواهد که در ملك متصرفی خود احداث بنا کند ، این اقدام ، او اقرار ضمنی است به عدم مالکیت خود و به مالکیت طرف مقابل .

در موضوع اقرار این نکته نیز باید توضیح شود که اقرار قاطع مرور زمان است اگر چه در مورد حقوق و دیون باشد و علت این توضیح آنست که در قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ اقرار مدیون بحق‌دائن‌جزو مواردانقطاع‌محسوب نشده ولی‌چون مطابق ماده ششم قانون مزبور مفاد ماده ٤ قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ باید درمورد کلیه دعاوی رعایت شود لذا اگر مدیون کتباً یا شفاهاً بدین خود اقرار نمایدمدت مرور زمان منقطع گشته واز تاریخ‌انقطاع باید مدت‌جدیدی شروع شود.

۳۷۱ - (ب) اقامه دعوی - علاوه بر اینکه منقطع شدن مدت مرور زمان به

وسیله اقامه دعوی از طرف مدعی مالکیت ، از عبارت قسمت دوم ماده ۳ قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ مستفاد میشد ، ماده ٤ قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ تقدیم عرضحال رسمی را صراحتاً از موارد انقطاع قرار داده است. پس اگر مدعی مالکیت و یا صاحب حق قبل از اینکه مرور زمان حاصل شود بر علیه متصرف مال خود و یا بر علیه کسی که مدیون او میباشد اقامه دعوی کند . مدت مرور زمان منقطع خواهد شد و پس از انقطاع برای حصول مرور زمان مدت جدید لازم میباشد .

۳۷۲ - (ج) اظهاریه رسمی - نسبت به انقطاع مرور زمان ارسال اظهاریه رسمی نیز بمنزله تقدیم عرضحال رسمی میباشد و علت اینکه قانون اظهاریه رسمی را قاطع مرور زمان قرار داده است برای این است که سکوت در مقابل من علیه الحق همیشه در نتیجه اهمال و یا اعراض نبوده بلکه ممکن است ذیحق بواسطه اینکه هنوز اسناد و مدارک کافی برای اقامه دعوی ندارد اختیار سکوت نماید تا مدارک و دلایل خود را تهیه و یا تکمیل کند و اگر اظهاریه رسمی قاطع مرور زمان نمیگشت مدعی حق بین المحظورین واقع میشد یعنی یا بایستی اقامه دعوی نماید و بواسطه نداشتن مدارک کافی محکوم به بی حقی شود و یا اختیار سکوت کند تا مرور زمان حاصل گردد پس مقنن برای چنین کسی راه انقطاع مرور زمان را بوسیله ارسال اظهاریه رسمی باز کرده و بموجب ماده ٤ قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ مقرر داشته است که «هر گاه کسیکه مرور زمان بر علیه او جریان دارد بوسیله . . . اظهاریه قانونی حق خود را مطالبه نماید مرور زمان منقطع میشود»

۳۷۳ - (د) عودت عین بتصرف مدعی مالکیت - در این موضوع نه قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ و نه قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ تصریحی نکرده است ، ولی اگر درست دقت شود ، ملاحظه خواهد شد ، که شرط حصول مرور زمان تصرف مدعی علیه است در مدت معینه قانونی ، و اگر بطوری که سابقاً گفتیم ، متصرف بتواند مدت تصرف خود را ، برای تکمیل مدت مرور زمان ، بمدت تصرف ایادی سابقه بر خود ، یعنی کسانی که متصرف ملک را از آن ها تلقی کرده و در مورد آن ملک قائم مقام آنان محسوب میشود ، ضمیمه نماید ، بدیهی است که مشار الیه نخواهد توانست مدت تصرف خود را بمدت تصرف یدی که قائم مقام او نمیتواند محسوب شود ، ضمیمه کند مثلا اگر کسی ملک دیگری را متصرف باشد و بعد آن ملک ارثاً بوراث او برسد وارث میتواند

مدت تصرف خود را ضمیمه مدت تصرف مورث خود نموده ، و بحصول مرور زمان استناد کند ، ولی اگر مدعی مالکیت ملك را از تصرف متصرف بنحوی از انحاء خارج نماید و خود مدعی آن را متصرف گردد و مجدداً آن ملك بتصرف متصرف اولی عودت کند ، مدت قانونی جدیدی لازم خواهد بود تا مرور زمان حاصل گردد . به عبارة اخری عودت ملك بتصرف مدعی مالکیت قاطع مرور زمان باید محسوب شود ، و این طریق انقطاع نتیجه شرط مستمر بودن تصرف است که قبلا مذکور گردید .

۳۷٤ ـ حال باید ببینیم که بعد از انقطاع مرور زمان ، طریقه حصول مرور زمان جدید بچه ترتیب خواهد بود :

مطابق ماده ۷ قانون ۲ تیرماه ۱۳۰۸ در دعوی مالکیت و وقفیت اموال غیرمنقول هر گاه مرور زمان قطع شود ، مدت مرور زمان جدید پنجسال علاوه بر بقیه مدت مرور زمان قبل ازانقطاع میباشد ، و مطابق ماده ٤ قانون مذکور ، در مورد مرور زمان نسبت باموال منقول و حقوق و دیون ، هرگاه مرور زمان قطع شود ، مدت جدید در مورد مرور زمان دهساله ، سه سال ، و در مورد مرور زمان سه ساله یکسال علاوه بر مدت مرور زمان قبل از انقطاع خواهد بود . پس مطابق مقررات فوق مدت جدیدی که بعداز انقطاع برای حصول مرور زمان جدید لازم است ، باختلاف موارد ، یعنی باعتبار اینکه مرور زمان بیست ساله و یا ده ساله ویا سه ساله است . پنج ویا سه ویا یك سال علاوه بر بقیه مدت مرور زمان قبل از انقطاع میباشدمثلا در مرور زمان بیست ساله اگر کسی که ملك او را دیگری تصرف کرده و بنفع متصرف مرور زمان در جریان میباشد بعد از دو سال از تاریخ تصرف ، مرور زمانرا قطع کند ، مدت جدیدی که بعد از انقطاع برای حصول مرور زمان لازم میباشد عبارت خواهد بود از ۱۸ + ٥ یعنی بیست و سه سال ، و اگر بر عکس مالك در سال نوزدهم مرور زمانرا قطع نماید ، مدت جدید عبارت خواهد بود از ۱ + ٥ یعنی شش سال . پس رویهمرفته معلوم میشود که انقطاع مرور زمان برای مدعی حق ایجاد فرجه مینماید و مشار الیه میتواند با منقطع کردن مرور زمان برای خود مهلت بیشتری تهیه کند . ولی نظر باینکه اگر بمدعی حق اجازه داده میشد که همه وقت بتواند چندروز قبل ازحصول مرور زمان ، آنرا منقطع نماید ، وبرایخود باین طریق مهلتهای جدیدی ایجاد کند ، یکی از مقاصد عمده که قانون از ایجاد مرور

زمان داشت و عبارت است از تقابل دعاوی ، حاصل نمیشد ، لذا مادهٔ ٤ قانون ۲ تیرماه ۱۳۰۸ در قسمت اخیر خود اضافه مینماید که « مرور زمانرا بیش از یك مرتبه نمیتوان منقطع نمود »

۳۷۵ ـ نسبت بمدت جدیدی که بعد از انقطاع مرور زمان برای حصول مرور زمان جدید لازم است این اشکال تولید می شود که مطابق مادهٔ ٤ قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰٦ هرگاه « مدعی علیه اقرار بمالکیت مدعی نماید مدت مرور زمان قطع میشود و هم چنین است اگر مدعی علیه در سندی که بخط یا امضای مسلم او است اقرار بمالکیت مدعی کرده و از تاریخ سند مرور زمان نگذشته باشد » پس مطابق این مادهٔ ومخصوصا بموجب جمله (و از تاریخ سند مرور زمان نگذشته باشد)معلوم می گردد که در مورد انقطاع مرور زمان بوسیله اقرار به حق طرف مدت جدیدی که برای حصول مرور زمان لازم است همان مدتی است که قانوناً قبل از انقطاع برای حصول مرور زمان لازم‌بود مثلا اگر کسی که ملك دیگری را بعنوان مالکیت متصرف میباشد بعد از پانزده سال‌از تاریخ تصرف خود به مالکیت طرف اقرار نماید مرور زمان منقطع گشته و دیگر نمی تواند بحصول مرور زمان استناد کند مگراینکه بیست سال جدید از تاریخ اقرار اوبگذرد و حال آنکه مطابق مادهٔ چهارم و هفتم قانون ۲ تیرماه که فوقا اشاره به آن شد مدت مرور زمان بعد از انقطاع عبارت است از بقیه مدت مرور زمان قبل از انقطاع باضافه ٥ یا ۳ و یا یك سال به اختلاف موارد. پس، نتیجه آنکه بین مادهٔ ٤ قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰٦ از یکطرف و مادتین ٤ و ۷ قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ از طرف دیگر تناقض و یا لا اقل تنافسی موجود است و مطابق مادهٔ اولی مدت جدید عبارت است از همان‌مدت قبل از انقطاع و مطابق مادهٔ اخیر مدت جدید عبارت از بقیه مدت قبل از انقطاع بعلاوه پنج یا سه و یا یك سال میباشد .

تناقض مزبور فوق تناقض ظاهری است زیرا که موارد انقطاع مذکور در ماده٤ قانون ۲ تیرماه ۱۳۰۸ عبارت است از تقدیم عرضحال رسمی و ارسال اظهاریه قانونی بنابر این مدت جدیدی هم که بموجب این مادهٔ برای حصول مرور زمان جدید مقررشده است ناظر بر همین دو مورد انقطاع خواهد بود و نه ناظر بر موارد دیگر . و چون مادهٔ ۷ قانون مزبور هم مفاد مادهٔ چهارم آنرا شامل دعاوی ملکیت و وقفیت اموال غیر

منقول مینماید لذا در مورد دعاوی مزبوره هم فقط در صورت انقطاع مرور زمان بوسیله اقامه دعوی و یا اظهاریه قانونی مدت جدید عبارت خواهد بود از بقیه مدت قبل‌ازانقطاع به اضافه پنجسال .

و اما نسبت به انقطاع مرور زمان بوسیله اقرار متصرف به‌مالکیت طرف، همان مقررات مادهٔ چهارم قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ به اعتبار خود باقی بوده و در این صورت مدت مرور زمان جدید عبارت خواهد بود ازهمان مدتی که قبل از انقطاع برای‌حصول مرور زمان لازم بود یعنی بیست سال . و بعلاوه بایـد گفته شود که هر گاه در مورد مرور زمان نسبت به دعاوی که غیر ازادعای ملکیت و یا وقفیت اموال غیرمنقول است مرور زمان بوسیله اقرار مدیون به حق داین قطع شود ، مدت جدیـدی که بعد ازانقطاع‌برای‌حصول مرور زمان جدید لازم‌است ، تابع مقررات مادهٔ چهارم قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ نخواهد بود. زیرا که اولا مادهٔ مزبوره فقط ناظر بر انقطاع مرور زمان‌است بوسیله اقامه دعوی و یا اظهاریه قانونی و بنا براین انقطاع بوسیله‌اقرار مدیون به‌حق‌طرف مشمول آن نمی باشد و ثانیاً در انقطاع مرور زمان بوسیله اقامه دعوی یا اظهاریه‌قانونی موجبات انقطاع را خود مدعی حق فراهم کرده است و بنا بر این طرف مقابل نباید از این اقدام او بیشتر از آنچه که قانون معین نموده است متضرر گردد و حال آنکـه در انقطاع بوسیله اقرار موجبات انقطاع را خود مدیون فراهم آورده و بنا بر این باید‌تمام نتایج عمل خود را متحمل شود و در حقیقت مدیون با اقرار بحق طرف تمام مزایائی را که قبل از اقرار و در اثر گذشتن مدتی از مدت مرور زمان تحصیل کرده بود ازخود سلب‌نموده ودیگر نباید بتوانـد ازمزایای مزبور استفاده کنـد و الا مثل ایـن میشد که انکار بعـد از اقرار قبـول گردد . پس اگـر مدیونـی که بر له او مرور زمان ده سالـه مثلا در جریـان است بـعد از ۸ سال از تـاریـخ مبدء مـرور زمـان بوسیله سند کتبـی که بـه خط و امضـای مسلم او است اقرار بـدین خود کـند دیگر نمی تواند بعد از دوسال بعلاوهٔ سه سال که مطابق ماده ٤ قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸مقرر است بحصول مرور زمان استناد کند بلکه در این صورت استفادهٔ او از مرور زمان جدید وقتی ممکن خواهد بود که از تاریخ اقرار ده سال جدید بگـذرد بدون اینکه دائن بوسیله اقامه دعوی یا اظهاریه قانونی مرور زمان را قطع کرده باشد .

نسبت به انقطاع مرور زمان بوسیله خارج شدن عین از تصرف متصرف نیز باید همین رویه اتخاذ شود زیرا که عودت عین به تصرف مالك بمنزله استیفاء حق است و همینکه عین به‌تصرف مالك بازگشت‌نمود مثل این‌است که مالك به حق خود رسیده باشد و انتزاع ثانوی عین از تصرف او باید مبدء مدت جدیدی برای مرور زمان جدید محسوب شود .

۳۷۶ - با وجود اینکه اقامه دعوی موجب انقطاع مرور زمان است معذلك دردو مورد عرضحالی که تقدیم می شود باعث انقطاع مرور زمان نمی‌گردد . دو مورد مزبور بموجب مادهٔ پنجم قانون دوم تیر ماه ۱۳۰۸ پیش بینی شده و از قرار ذیل است :

۱ - در صورتیکه مدعی دعوی خود را مسترد دارد .

۲ - در صورتیکه عرضحال بمحکمهٔ که صلاحیت رسیدگی نداشته داده شده و تا سه ماه پس از ابلاغ قرار قطعی عدم صلاحیت ، دعوی در محکمه صلاحیت دار اقامه نشود .

در دو مورد فوق حقیقتاً نمی شود گفت که انقطاع مرور زمان حاصل شده است چه به محض اینکه عرضحال رسمی تقدیم شد مرور زمان منقطع میگردد منتهای مراتب اگر مدعی عرضحال را مسترد نماید و در صورت تقدیم عرضحال به محکمهٔ که صلاحیت ندارد درظرف سه‌ماه ازتاریخ ابلاغ قرارقطعی‌عدم صلاحیت‌بمحکمه‌صلاحیت‌دارعرضحال ندهد مثل‌این است که از اول عرضحال نداده و بنابراین انقطاعی که حاصل شده بود کان لم یکن و دیگر بهیچوجه نمیتواند تولید اثر نماید .

II- موارد عدم جریان مرور زمان

۳۷۷ - از مادهٔ ۵ قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ و هم چنین از مادهٔ سه‌قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ چنین استنباط می شود که موارد عدم جریان مررر زمان بر دو قسم است : قسم اول عبارت است از موارد مشترك بین مرور زمان نسبت باموال منقول و حقوق و دیون و اموال غیر منقول و قسم دوم عبارت است از مواردی که فقط شامل دعاوی راجعه بارث میشود چنانکه همین معنی بموجب مادهٔ سوم قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸تصریح ومادهٔ مزبوره مقررمیدارد که « برادر وبرادر وخواهر و خواهر وبرادر

و خواهر در دعوای ارث نمی توانند نسبت‌به یك دیگر ازمرور زمان استفاده کنند »

در هر حال موارد عدم جریـان مرور زمـان را ذیلا بیان و هر یکرا علیحده شرح می دهیم :

۳۷۸ (الف) مطابق مادهٔپنجم قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ که مقررات مادهمزبورد در مرور زمان نسبت باموال‌منقول‌و حقوق و دیون هم‌جاری است « مرور زمان بر علیه کسانی که بعلت خطر جانی یاناموسی و یا بعلت مخاطره در اموال خود یااقربای نزدیك خود نتوانسته‌اند اقامه دعوی نمایند جاری نمیشود مگر بعد از زوال مانع »

این ماده موردیرا پیش بینی میکند که ملك درتصرف جابر و یامقتدری باشد و مدعی مالکیت نتواند بعلت خطر جانی یا ناموسی و یابعلت مخاطره در اموال خود یـا اقرباء نزدیك خود ، بر علیه او اقامه دعوی کند . در این صورت در تمام مدتی کـه این خطر موجود است مدت مرور زمان متوقف مانده و مجدداً جاری نمی شود مگر بعد از زوال مانع ــ اگر چه در مادهٔ پنجم مذکور فوق بهیچ وجه جزئیات این موضوع پیش بینی نشده ، یعنی ، معین نیست که خطر چه قسم باشد ، و یا اقربای نزدیك چه کسانی هستند ، ولی بدیهی است که اولا خطرباید خطر واقعی باشد و نه خوف صرف یعنی مسلم باشد که اگر اقامه دعوی بشود خطر جانی یا ناموسی حادث خواهد شد ، و ثانیاً اقربای نزدیك باید واقعاً از جمله اشخاصی باشند که مخاطره در اموال ایشان یکنوع اکراهی برای مدعی مالکیت در اقامه دعوی ایجاد کند ، در اینموضوع ممکن است ازقواعدیکه برای اکـراه مقرر است استفاده نمود ــ مثـلا تشخیص درجه نزدیکی اقوام برای تعیین این کـه در مخاطره واقع شدن اموال ایشان مانع از اقامه دعوی می شود یا نه موکول بنظر عرف خواهد بود و همچنین بطوری کـه در مادهٔ ۲۰۸ راجـع باکراه مقرر است در مورد ما نحن فیه نیز مجرد خوف از کسی نمی تواند موجب عدم جریان مرور زمان باشد بلکه بطوری که فوقاً مذکور شد مخاطره باید حقیقتاً موجود باشد و نه وهماً .

۳۷۹ (ب) مطابق قسمت دوم مادهٔ پنجم قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ که مفاد آن در مورد مرور زمان راجع‌باموال منقول و حقوق‌و دیون هم باید رعایت‌شود «مرور زمان بر علیه کسانیکه در تحت ولایت هستند مثل صغیر و مجنون و سفیه جاری نمیشود»

وضعیت اشخاصی کـه در تحت ولایت هستند بوضعیت آنهـائی کـه بعلت خطر

نمی توانند اقامه دعوی کنند بی شباهت نیست ، زیرا که برای هر دو دسته مانعی موجود است که نمی گذارد اقامه دعوی کنند. منتها مانع اشخاص اول امری است عملی ومانع اشخاص دوم امری است حقوقی . آنها در مقابل خطری واقع شده وعملا نمی توانند اقامه دعوی کنند ، و حال آنکه این ها قانوناً ممنوع از اقامه دعوی میباشند ، راست است که قانون برای اشخاص واقع درتحت ولایت قائم مقامی که عبارت از شخص ولی باشدمعین کرده ، واگر اقامهٔ دعوی برای مولی علیه ممکن نباشد برای ولی ممکن است لیکن اهمیت نتیجهٔ که ممکن است ازمرور زمان حاصل شودبیش از آن است که دراین موضوع بتوان ولی را کاملا قائم مقام مولی علیه دانست ، و مولی علیه را مجبور نمود که خسارات ناشیه از اهمال یا لا ابالی گری ولی خود را متحمل گردد ، و بهمین ملاحظه است که قانون جریان مرور زمان را نسبت باشخاصی که در تحت ولایت هستند توقیف می‌نماید تا خود آن‌ها از تحت ولایت خارج گردند ،ولی بدیهی است اگر بعد از خروج از تحت ولایت خودآن ها به مقام استیفاء حق خود بر نیامدند و مرور زمان توقیف‌شده مجدداً بجریان افتاده و مدت قانونی منقضی گردید ناچار خواهند بود که خسارات حاصله را نیز متحمل گردند زیرا که خود بر ضرر خود اقدام نموده اند .

۳۸۰ (ج) مطابق ماده‌پنجم قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ و ماده سوم قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ زوج و زوجه نمیتوانند نسبت بیکدیگر از مرور زمان استفاده نمایند. تحکیم علاقه زوجیت و جلوگیری از وقایعی که ممکن است روابط زن و شوهر را کدرو یا متزلزل نماید از جمله مسائلی است که قانون باید منظور نظر بدارد وبهمین جهت است که مقنن در روابط زوج و زوجه با یك دیگر مرور زمان را مؤثر قرار نمیدهد . یعنی زوج و زوجه را در مقابل یکدیگر از استناد به مرور زمان ممنوع میدارد . پس مطابق این تصمیم مقنن بین زوج وزوجه مرور زمان شروع نمی‌شود و اگر شروع شده باشد جریان آن در تمام مدت بقاء زوجیت متوقف میماند ، توضیح آنکه غالباً اداره اموال زن بعهده شوهر او است ، و در عمل بسیار اتفاق می افتد که شوهر ، از بدو زناشوئی ، املاك زن‌خود را متصرف بوده ودر آن تصرفات مالکانه می نماید ، و آنرا باسم خود اجاره داده یا بخرج خود اداره می کند ، در این صورت تصرف مزبور موجب‌مرورشروع زمان نگشته وبر فرض هم که مدت این تصرف

بیش از مدتی باشد که قانوناً برای حصول مرور زمان لازم است ، شوهر نمی تواند در مقابل زن خود به حصول مرور زمان استناد کند ، و اگر کسی قبل از ازدواج با یك زنی ، املاك او را متصرف باشد و بدین طریق مرور زمان شروع شده باشد ، بمحض وقوع ازدواج جریان مرور زمان متوقف‌میماند و مادام که‌زوجیت باقی است مرور زمان جاری نخواهد شد . و همین طریق است درروابط زن‌باشوهر

۳۸۱ - در موارد عدم جریان مرور زمان که فوقاً مذکور شد ، ممکن است موقعی نیز پیش آید که اصلا مرور زمان شروع بجریان نکند تا از جریان بیفتد ، واین در موردی است که وضع ید بر اموال یا حقوق اشخاصی که برای جریان مرور زمان بر علیه آنها مانعی موجود است ، در همان زمان وجود مانع بعمل آید ، مثلا اگر کسی مال غیر را تصرف کند در صورتی که برای مالك بهیچوجه خطر جانی یا مالی برای اقامه دعوی نیست . در این صورت مرور زمان شروع می شود و از تاریخ موجود شدن خطر ، جریان آن متوقف میگردد تا موقعی که خطر زایل شود . ولی اگر مانع ، یعنی خطر جانی یا مالی در صورت اقامه دعوی ، از همان حین تصرف موجود باشد ، مرور زمان اصلا شروع نمی گردد تا موقعی که خطر مرتفع شود . و همچنین اگر کسی مال صغیر یا مجنونی را تصرف کند ، این تصرف موجب شروع مرور زمان نمی شود تا موقعی که محجور از تحت ولایت خارج گردد . و بر عکس اگر مالك در زمان تصرف محجور نبوده و بعد بعلت جنون یا سفه محجور گردد ، مرور زمان شروع بجریان میکند ولی از تاریخ حجر جریان آن متوقف میماند ،

ترتیب مذکور فوق نه در قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ تصریح شده و نه در قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ و حتی قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰۶ این مورد را با همان مورد عدم جریان مخلوط کرده است چنانکه در مورد املاك ثبت شده در دفتر املاك ، قانون مزبور می گوید که نسبت به آنها مرور زمان جاری نمیشود و مقصود از این عبارت آن است که نسبت به این قبیل املاك مرور زمان شروع نمیشود و بنا بر این اگر یکنفر ملك ثبت شده غیر را متصرف گردد هر قدر هم که زمان تصرف او طولانی باشد نمیتواند به حصول مرور زمان استناد کند .

۳۸۲- (د) بموجب قسمت چهارم ماده سوم قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ « زوج و

زوجه و همچنین پدر و مادر و اولاد مطلقا ، و برادر و برادر و خواهر و خواهر و برادر و خواهر در دعوای ارث ، نمی توانند نسبت به یکدیگر از مرور زمان استفاده نمایند . »

ماده مزبور فوق بین چهار دسته از اقربا جریان مرور زمان را منع مینماید :

اول ـ بین زن و شوهر دوم ـ بین ابوین و اولاد آنها سوم ـ بین جد و جده و اولاد اولاد آنها چهارم ـ بین اخوه .

عدم جریان مرور زمان را نسبت به روابط بین زن و شوهر فوقاً بیان کردیم ، و نیز اشاره نمودیم که در روابط زوجین مرور زمان جاری نمیشود ، و اگر قبل از ازدواج هم شروع شده باشد ، وقوع ازدواج جریان آنرا متوقف مینماید ، اعم از اینکه مرور زمان راجع باموال منقول باشد یا غیر منقول .

نسبت بمرور زمان بین اخوه قسمت چهارم ماده مزبور فوق تصریح مینماید که بین برادر و برادر و خواهر و خواهر و برادر و خواهر مرور زمان فقط در مورد دعوی ارث جریان نمی یابد و بدیهی است که در غیر این مورد روابط اخوه با یکدیگر از حیث مرور زمان تابع قواعد کلیه راجعه به مرور زمان بین اشخاص اجنبی با یکدیگر خواهد بود .

بالاخره درمورد مرور زمان بین ابوین و اولادآنها ویا جد وجده و اولاد اولاد آنها ممکن است این اشکال تولید شود که آیا اشخاص مزبور در هیچ موردی نمی توانند نسبت به یکدیگر از مرور زمان استفاده کنند ویاعدم استفاده آنها منحصرخواهدبود بمرورزمان در اموال منقول وحقوق وديون ؟

اشکال فوق از این جهت ناشی میشود که از یکطرف قسمت چهارم ماده سوم قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ مقرر داشته که پدر و مادر و جد و جده مطلقا نمیتوانند نسبت بیکدیگر از مرورزمان استفاده کنند ، و ازطرف دیگر هم ماده هفتم قانون مزبورمقررات ماده ٤ و ٥ آن قانون را نسبت بدعوای مالکیت ووقفیت اموال غیر منقول شامل نموده است بدون اینکه مفاد ماده سوم ویا این قسمت از ماده سوم را شامل دعوای مالکیت و وقفیت اموال غیر منقول بنماید ، پس ممکن است به استناد کلمه (مطلقا) ادعا نمود که ابوین و اولادآنها ویا جد وجده واولاد اولاد آنها بهیچوجه و در هیچ مورد نمیتوانند

نسبت بیکدیگر از مرورزمان استفاده کنند و برعکس از عدم شمول مفاد ماده سوم قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ بدعوای مالکیت و وقفیت اموال غیر منقول ممکـن است استنباط نمود که نظر مقنن فقط عدم استفاده اشخاص مذکور نسبت بمرور زمان راجـع باموال منقول و حقوق و دیون بوده است ، و اگر نظر این بود که ابوین واولادآنها مثلا دردعوای راجع به مالکیت یا وقفیت اموال غیر منقول هم نسبت بیکدیگر از مرورزمان استفاده نکنند ماده هفتم قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ صراحتاً شمول قسمت چهارم ماده سوم قانون مزبور را به دعوی مالکیت و وقفیت اموال غیر منقول تصریح مینمود ، چنانکه شمول ماده ٤و٥ قانون مزبور را بدعوای مذکور تصریح کرده است .

راست است دلیل مستند به کلمه (مطلقا) را که خود فی حد ذاته دلیل محکمی بنظر می‌آید ، ممکن است به این طریق نیز تأیید نمود که اساساً مقصود مقنن احتراز از وقوع اختلاف بین ابوین و اولاد ویا بین اجداد واولاد آنها میباشد ، و اگـر نظر این باشد که اشخاص مزبور بتوانند دریك موقع نسبت بیکدیگر از مرور زمان استفاده‌کنند مقصود مزبور کاملا حاصل نخواهد شد . ولی نظر باینکه امکان استفاده از مرور زمان قاعده اصلی، وعدم امکان استثناء برآن قاعده محسوب است ، لذا برای عدم امکان‌استفاده نص‌صریحی‌لازم‌است‌وقانون۲تیرماه۱۳۰۸که‌راجع است‌بمرورزمان‌نسبت‌باموال‌منقول وحقوق ودیون نمی تواند در مستثنیات از قاعده کلی شامل مرور زمان نسبت بدعوی مالکیت اعیان غیر منقوله شود ، مگر اینکه نص صریحی این استثنا را شامل آن بنماید . وکلمه (مطلقا) که در قانون مزبور استعمال شده است نـه از این نقطه نظر است کـه ابوین و اولاد نتوانند در هیچ موردی نسبت به یکدیگر از مرور زمان استفاده کنند بلکه کلمه مـزبور در مقابل دعوی ارث استعمال شده است، و مقصود این است که ابوین و اولاد و یا جد و جده و اولاد اولاد آنها، درهیچ یك از دعاوی که مرور زمان نسبت به آن، موضوع قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ را تشکیل میدهد، نمی توانند در مقابل یکدیگر از مرور زمان استفاده کنند و برعکس عدم امکان استفاده در روابط بین اخوه منحصر است به دعوای راجع به ارث . پس روی همرفته میتوان گفت که ابوین و اولاد آنها در دعوی راجع بمالکیت مال غیر منقول میتوانند در مقابل یکدیگر از مرور زمان استفاده کنند ولی بدیهی است که امر امر نظری بوده و هنوز معلوم نشده است که محاکـم عدلیه و مخصوصاً دیوان

تمیز چه اصل قضائی را در این باب اتخاذ خواهد کرد .

۳۸۳ - درخاتمه مطالب راجعه به مرور زمان باید مطالب چندی نیز توضیح‌شود :

(الف) کی میتواند بمرور زمان استناد کند - بموجب مادهٔ ٤ قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰٦ که مفاد آن مطابق مادهٔ ٦ قانون ۲ تیر ماه ۱۳۰۸ شامل مرور زمان نسبت به اموال منقول نیز میشود، علاوه بر خود مدعی علیه طلبکاران و ضامن او هم می توانند در صورتی که عدم استناد مدعی علیه بمرور زمان موجب ضررآن ها باشد ، وارددعوی شدهٔ بمرور زمان استناد کنند . علت این تصمیم آن است کـه همیشه قرضی که بیك نفر دادهٔ میشود یا ضمانتی که از او می گردد باعتبار دارائی مدیون و یا مضمون عنه است و اگر قانوناً دارائی او بدون عقد خاصی وثیقه حق طلبکار و یاطلب ضامن بعد ازپرداخت دین مضمون نباشد ، معناً این وثیقه موجود و مدیون یا مضمون عنه نباید اقـدام بامری کند که موجب تضرر دائن و یاضامن گردد ، چنان که در نتیجه همین اصل مادهٔ ۲۱۸ مقرر داشته است « هرگاهٔ معلوم شود که معامله بقصد فرار از دین واقع شدهٔ آن معامله نافذ نیست » پس در صورتی هم که خود مدعی علیه بحصول مرور زمان استناد نکند و ضرری متوجه طلبکار و یا ضامن او شود ، خود دائن و یاضامن می تواند وارد دعوی شدهٔ و بمرور زمان استناد کند ، معذلك خواهٔ خود مدعی علیه و خواهٔ طلبکار و یاضامن او بخواهد مستند بمرور زمان بشود ، بایـد این استناد در مرحله ابتدائی محاکمه و قبل از اعلان ختم محاکمه بعمل آید و الا مسموع نخواهد بود و استناد بمرور زمان درمرحله استینافی فقط در موقعی ممکن است کـه از حکم غیابی استیناف شدهٔ باشد (تبصرهٔ مادهٔ سوم قانون ۲۱ بهمن ماهٔ ۱۳۰٦)

۳۸٤ (ب) مرور زمان قابل اسقاط هست یا نه - مطابق مادهٔ پنجم‌قانون ۲۱ بهمن ماهٔ ۱۳۰٦ مرور زمان قابل اسقاط است ولی اسقاط آن وقتی ممکن است که به وسیله مرورمدت قانونی حاصل شدهٔ باشد . پس بموجب این مادهٔ مرور زمان مادام که حاصل نشدهٔ است قابل اسقاط نیست یعنی منتفع از مرور زمان نمیتوانـد قبلا از استفادهٔ از آن صرف نظر نماید ولی همین‌که حاصل شد میتواند حق حاصل از آن را اسقاط کند . از ترتیب مذکور فوق معلوم می شود که مقنن مرور زمان را از جمله مسائل مربوطه به انتظامات و منافع عمومی قرار دادهٔ است ، زیرا اگر غیر این می بود هیچ علت نداشت

از شخصی که ممکن است از حصول مرور زمان استفاده کند ، حق اسقاط آن را در زمان قبل از حصول سلب نماید ، ولی چون اسقاط مرور زمان پس از حصول بهیچ وجه با منظوری که راجع به تثبیت مالکیت بوده مخالف نمی باشد ، این است که حق اسقاط بعداز حصول سلب نشده است . و همانطور که یک نفر می تواند ملك مسلم خود را بدیگری ببخشد ، همانطور هم می تواند بعد از حصول مرور زمان آن را ساقط کرده و از تملك ملك باستناد مرور زمان صرف نظر نماید ، و باز در نتیجه همان مربوط بودن قانون مرور زمان بمنافع و انتظامات عمومی است که مقنن صریح بودن اسقاط مرور زمان را شرط کرده است ، و بنابر این حق حاصل از مرور زمان را نمی توان مثل سایر حقوق ضمناً اسقاط نمود ، و بعلاوه مطابق قسمت اخیر ماده پنجم قانون ۲۱ بهمن ۱۳۰٦ « متولی و ولی و قیم و همچنین کسی که ممنوع از تصرف در مالی است نمی تواند مرور زمانی را که برای او حاصل شده است اسقاط کند » این‌قسمت ماده مزبوره از حیث انشاء فوق العاده ناقص است زیرا اگر بخواهیم آن را تحت‌اللفظی معنی نمائیم مجبوراً باید بگوئیم که متولی و قیم و ولی نمی توانند مرور زمانی را که برای آن ها حاصل شده است اسقاط کنند ، و حال آن که اشخاص مزبور در اسقاط مرور زمانی که برای خود آن ها حاصل شده است کاملا مختار میباشند ، ولیکن‌ممنوعیت آن ها راجع است بمرور زمانی که برای وقف یامولی علیه حاصل شده باشد - با عطف توجه بمراتب فوق معلوم است که علت این تصمیم قانونی حفاظت منافع وقف و منافع اشخاصی است که در تحت ولایت و یا قیمومت واقع شده‌اند وچنان که خود این‌اشخاص بواسطه ممنوع بودن از تصرف در اموال خودنمیتوانند مرور زمان حاصل شده را اسقاط کنند همانطور هم ولی یا قیم آنها که حافظ‌حقوق آنها میباشد نمیتوانند ازمرور زمانی که بنفع آنها حاصل شده است صرف نظر نماید.

باب دوم

در الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می‌شود

فصل اول

در کلیات

۳۸۵ ـ بطوری که سابقاً اظهار نمودیم ، گاهی می شود اشخاص بدون این‌که با یکدیگر قرار دادی منعقد یا عقدی واقع سازند در مقابل هم ضمان یا مسؤلیت مالی پیدا می‌کنند ، و بالنتیجه‌یکی مدیون دیگری ، ویا هردوطرف مدیون یکدیگر می باشند ،همین دین است که بطور کلی الزام و در موارد خاصی ضمان قهری نامیده می شود ، وحال آن که اگر دین در نتیجه عقدی حاصل شود آنرا تعهد می نامند ـ بطور کلی اموری که موجب ایجاد دین می شود عبارت است از پنج امر : اول عقد ـ دوم شبه عقد ـ سوم جرم چهارم شبه جرم ـ پنجم امر قانون

تقسیم مزبور فوق درقانون مدنی تصریح نشده است ولی از مجموع قوانین مدنی و جزائی میتوان آنرا استنباط نمود چنانکه ذیلاً توضیح میشود :

۳۸۶ ـ اول عقد ـ عقد منبع اصلی و مهم تعهدات‌میباشد ودرنتیجه عقداست که‌بطور کلی دیون و تعهدات حاصل میشود

۳۸۷ ـ دوم‌شبه‌عقد ـ ممکن‌است‌اشخاص‌اقدام‌بامری نمایند که قانوناً‌ممنوع نمیباشند ودر نتیجه آن برای خود ایجاد دینی کنند مثلا اگر کسی عمداً یا اشتباهاً چیزی را که‌مستحق نبوده است ، در یافت نماید ـ در این صورت بین مؤدی و گیرنده عقدی واقع نشده است که در نتیجه آن ایجاد دین شود ، ولی مثل این است که مؤدی چیزی را که داده‌است نزد گیرنده ودیعه گذاشته باشد ، بعبارة اخری در این مورد بدون اینکه بین طرفین عقدی واقع شده باشد امری حادث شده است که بی شباهت بعقد نیست و بهمین جهت آن را شبه عقد می گوئیم چنان که ماده ۳۰۱ و مواد بعدی قانون‌مدنی مواردی راپیش بینی کرده اند که شخص ملزم بدادن چیزی میشود ، بدون آنکه عقدی واقع شده باشد ، و

تمام این موارد همان موارد شبه عقد است .

۳۸۸ - سوم جرم - مطابق اصول متخذه در مسائل جزائی ، مجرم باید ازعهده خسارات مدعی خصوصی بر آید ، پس جرم هم یکی از اموری است که موجب ایجاد دین میشود. جرم عبارتست از امریکه اقدام بان و یا خود داری از آن قانوناً ممنوع و برای متخلف مجازاتی معین شده باشد .

۳۸۹ -چهارم شبه جرم- ممکن است امری قانوناً ممنوع باشد ولی برای متخلف از آن مجازاتی معین نشود ، در این صورت آن امر از نقطه نظر جزائی جرم محسوب نمی گردد ولی چون امری است قانوناً ممنوع ، لذا ارتکاب آن مثل جرم بوده و آن امر را شبه جرم می گویند و اگر مرتکب عامد در ارتکاب باشد عمل اورا جرم حقوقی هم می گویند و در هر حال و اعم از اینکه مرتکب عامد در ارتکاب باشد یا نه باید خسارات وارده بر طرف را جبران کند . چنانکه اتلاف مال غیر در تمام موارد جرم محسوب نمی شود ، ولی امری است قانوناً ممنوع . و تلف کنندد که مرتکب شبه جرمی میشود ، ملزم بتادیه خسارات صاحب مال می باشد ، و بنا بر این شبه جرم هم یکی از اموری است که موجب ایجاد دین میشود .

۳۹۰ -پنجم-اثر قانون - علاوه بر موارد فوق که موجب ایجاد دین میشود ، مورد دیگری نیز موجود است که باعث ایجاد دین می گردد . وآن عبارت است ازاثر قانون مثلا نفقهٔ که یك نفر باید بواجب النفقه خود بدهد دینی است که نه در نتیجه عقد و یا شبه عقد و نه در نتیجه جرم و یا شبه جرم تولید میشود ، بلکه دینی است که فقط بحکم قانون ایجاد میگردد . با ذکر مقدمه فوق ملاحظه میشود که الزامات یعنی دیونی که بدون قرار داد حاصل میشود در نتیجه چهار امر ممکن است تولید گردد : اول شبه عقد . دوم جرم سوم شبه جرم - چهارم اثر قانون .

موضوع الزامات حاصله در نتیجه جرم داخل در مباحث حقوق جزائی است ، و هر یك از الزامات حاصله در اثر قانون هم در ضمن همان قانون مذکور میشود. بنابراین موضوع بحث ما محدود میشود بالزامات حاصله درنتیجه شبه عقد والزامات حاصله در نتیجه شبه جرم

فصل دوم

در الزامات حاصله در نتیجه شبه عقد

۳۹۱ ـ شبه عقد را ممکن است بطریق ذیل تعریف نمود : شبه عقد عبارتست از امر مشروع اختیاری یك نفر ، که متضمن معامله نبوده . و بموجب آن الزامی به عهده آن شخص در مقابل شخص دیگر و یا الزامی بعهده هر دو طرف ایجاد می شود . برای شبه عقد در قانون مدنی سه مورد ذکر شده است ؛ اول موردی که یك نفر چیزی را که مدیون نبوده است تادیه کند ، دوم موردی که یك نفر امور غیر را بدون اجازه اداره نماید ، سوم موردی که یك نفر از عمل یا مال غیر استیفاء منفعت کند .

مبحث اول

در تادیه چیزی که مؤدی مدیون آن نمی باشد

۳۹۲ ـ در سه مورد ذیل ممکن است چیزی تادیه گردد بدون اینکه مؤدی مدیون آن باشد :

۱ ـ تأدیه دینی که وجود نداشته ۲ ـ تأدیه دین موجود بغیر داین ۳ ـ تأدیه دین موجود بوسیله کسی غیر از مدیون .

۳۹۳ ـ (الف) تأدیه دینی که وجود نداشته است ـ مثلا اگر وارث کسی بخیال این که مورث او دین خود را اداء نکرده بوده است اداء دین میت را نماید و بعد معلوم شود که مورث مدیون نبوده در این صورت گیرنده وجه در نتیجه شبه عقدملزم است آنچه را که گرفته است مسترد نماید چنان که مطابق قسمت اخیر ماده ۲۶۵ «اگر کسی چیزی به دیگری بـه دهد بدون این که مقروض آن چیز باشد می تواند استرداد کند .»

۳۹٤ ـ (ب) تأدیه دین موجود بغیر داین ـ ممکن است دین موجود باشدولی بکسی که دائن آن نبوده است تأدیه گردد ، مثل این که یکنفر قرضی را که بزیدداشته اشتباهاً آنرا بعمر وتأدیه‌نماید، این‌صورت‌نیز مثل صورتی‌است که‌دین‌موجودنباشدچه وجود یا عدم

وجود دین باید نسبت بروابط مؤدی و اخذ کننده ملحوظ شود، و اگر مؤدی بکس دیگر دینی داشته نمی توان گفت که در روابط او با اخذ کننده دینی موجود بوده است، و ماده ۳۰۱ که بموجب آن « کسی که عمداً یا اشتباهاً چیزی را که مستحق نبوده است در یافت کند ملزم است آنرا بمالك تسلیم نماید » ناظر بر این مورد است، والا اگر این ماده ناظر بر موردی بود که ابداً دینی موجود نباشد، فقط تکرار قسمت اخیر ماده ۲۶۵ که فوقاً مذکور شد محسوب میشد . در هر حال کسی که چیزی را در یافت می کند بدون اینکه مستحق آن باشد، باید آنرا بمالك رد نماید، اعم از اینکه مالك بشخص دیگری مدیون آن چیز باشد یا نه .

۳۹۵ - (ج) - تادیه دین موجود بوسیله کسی غیر از مدیون - مطابق ماده ۳۰۲ « اگر کسی که اشتباهاً خودرا مدیون میدانست آن دینرا تأدیه کند حق دارد از کسیکه آنرا بدون حق اخذ کرده است استرداد نماید » اگر چه این ماده صراحتاً موردی را پیش بینی نمیکند که دین موجود بوسیله کسی غیر از مدیون تادیه شود، و ظاهراً مثل تکرار قسمت اخیر ماده ۲۶۵ و یا بمنزله تکرار ماده ۳۰۱ است، لیکن از عبارت « آن دین را تأدیه کند » معلوم است که دین موجود است ولی نه بعهده تأدیه کننده و بنا بر این کسیکه چیزی میدهد بدون این که قصد اداء دین غیر را داشته باشد می تواند آنرا استرداد نماید .

۳۹۶ - در هر حال خواه مؤدی بهیچوجه مدیون نباشد و خواه مدیون باشد ولی دین خود را اشتباهاً بغیر دائن تادیه کند و خواه دین دیگری را اشتباهاً و بخیال این که خود مدیون آن بوده است تادیه نماید ، میتواند آنچه راکه تادیه کرده است مسترد دارد، و مطابق ماده ۳۰۳ «کسیکه مالی را من غیر حق در یافت کرده است ضامن عین و منافع آن است اعم ازاینکه بعدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل » ولی ممکن است که اخذ کننده مال، یعنی کسی که چیزیرا من غیر حق در یافت کرده است خود را واقعاً مستحق میدانسته و آنرا فروخته باشد، و در اینصورت مطابق ماده ۳۰۴ معامله فضولی و تابع احکام مربوطه بان خواهد بود .

۳۹۷ - در تمام موارد فوق کسی که مالی را من غیر حق در یافت کرده باشد باید از عهده عین و منافع آن بر آید اعم از اینکه بعدم استحقاق خود عالم باشد و یا

جاهل ، و حتی در مورد ماده ۳۰٤ هم ، یعنی در مورد جهل‌اخذ کننده به عدم استحقاق خود و فروش مال ، هرگاه صاحب مال بیع را اجازه نماید فروشنده بـاید از عهده منافع مال از تاریخ اخذ تا تاریخ بیع فضولی بر آید . ولی نسبت بمخارج نگاهداری ماده ۳۰۵ بین متصرف عالم و متصرف جاهل بعدم استحقاق خود فرق گذاشته . و مقرر می دارد «در مورد مواد فوق صاحب مال باید از عهده مخارج لازمه کـه برای نگاهداری آن شده است بر آید مگر در صورت علم متصرف بعدم استحقاق خود . »

بدیهی است مالکی که هم عین و هم منافع مال خود را مسترد می دارد باید از عهده مخارجی کـه برای نگـاهـداری مال او شده است بر آید ، و شاید مردمان فوق العاده منصف ، او را مجبور به تادیه مصارف بدانند ، حتی در صورتی کـه متصرف مال او عالم بـعـدم استحقاق خود در تصرف بوده باشد ، ولی قانـون از نقطه نظر این کـه متصرف عالم ، خود اقـدام بضرر خود کرده است ، او را به تحمل مخارج نگـاهداری مال غیر ، مکلف نموده و دعوی اورا بر علیه مالك از بابت مخارج‌نگاهداری مال‌اومسموع قرار نمی دهد .

مبحث دوم

اداره کردن اموال غیر بدون اجازه مالك

۳۹۸ ـ مطابق ماده ۳۰٦ « اگر کسی اموال غائب یا محجور و امثال آنها را بدون اجازه مالك یا کسی که حق اجازه دارد اداره کند ، باید حساب زمان تصدی خود را بدهـد . در صورتی کـه تحصیل اجازه در موقـع مقدور بوده ، یا تاخیر در دخالت موجب ضرر نبوده است ، حق مطالبه مخارج نخواهـد داشت . ولی اگر عـدم دخالت یا تاخیر در دخالت موجب ضرر صاحب مال باشد ، دخالت کننده مستحق اخذ مخارجی خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است »

مـداخله کننده در اموال غیر مثـل این است کـه از طرف صاحب مـال فضولتاً وکالت نماید و بنا بر این بین او و صاحب مـال شبه عقد وکالت موجود بوده و بایـد بمقتضای آن عمل شود ودر نتیجه همین شبه عقد است که مداخله‌کننده ملزم بدادن حساب زمان تصدی خود بوده و باید آنچه را کـه از مال صاحب مال در ید اوست باو مسترد

دارد و نسبت بمخارجی که مداخله کنندد برای اداره اموال غیر می کند قانون بین مواقع مختلفه فرق گذاشته ، در بعضی از موارد به مداخله کننده حق می دهد مخارجی را که کرده است مطالبه نماید و در بعضی از موارد این حق را از او سلب می‌کند .

موردی که مداخله کننده حق مطالبه‌مخارج دارد عبارت است‌از موردی که تحصیل اجازه مقدور نبوده و عدم دخالت یا تأخیر در دخالت هم موجب ضرر صاحب مال باشد و بر عکس موردی که مداخله کننده نمیتواند مخارجی را که کرده است مطالبه کند عبارتست از موردی‌که تحصیل اجازه بموقع مقدور بوده ویا تأخیر دردخالت موجب ضرر صاحب مال نبوده است .

پس نظر بمراتب فوق اگر یکنفر مال صغیری را که ولی ندارد یا ولی او غائب است ، بدون اجازه حاکم در صورت اول ، و بدون اجازه ولی در صورت دوم ، اداره کند ، مثلا سقف خانه اورا که مشرف بر خرابی بوده است عوض نماید ، و یا خانه او راکه خالی بوده است اجاره دهد ، باید حساب‌عملیات خود را ازدخل وخرج بدهد و اگر تأخیر در مداخله موجب ضرر صغیر بوده باشد مثل اینکه تأخیر در عوض کردن سقف خانه موجب خرابی تمام خانه شود ، و برای مداخله کننده هم ممکن نباشد که بموقع ازحاکم یا ولی استجازه نماید . مشارالیه‌حق خواهدداشت مخارجیرا که برای‌اداره‌کردن نموده است مطالبه نماید ، و بر عکس اگر تحصیل اجازه مقدور بوده و یا عدم دخالت و یا تأخیر در دخالت موجب ضرر نبوده است ، حق مطالبه مخارج نخواهد داشت چه در این صورت اقدام تبرعی نموده و متبرع حق استرداد عوض آنچه را که تبرعاً داده یا کرده است ندارد .

مبحث سوم

در استیفاء

استیفاء عبارت است از اینکه یکنفر بدون اینکه با دیگری عقد یا قرار دادی منعقد سازد از عمل یا مال او منفعتی تحصیل نماید . پس استیفاء ممکن است از عمل یا مال غیر باشد .

۳۹۹ - (الف) - استیفاء منفعت از عمل غیر - در مورد استیفاء منفعت از

عمل غیر مادهٔ ۳۳۶ چنین مقرر میدارد « هر گاه کسی برحسب امر دیگری اقدام بعملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که قصد تبرع داشته. » الزام مستوفی بتأدیه اجرت عمل غیر، درنتیجه شبه عقد اجاره ویا مانند عقد جعاله ایست که بین او و عامل منعقد شده باشد ، بعبارة اخری مثل اینست که بین مستوفی و عامل عقد اجاره یا عقد جعاله واقع گشته . بنا بر این اگر کسی مثلا بحمالی که در بازار و یا در میدان ها برای حمل و نقل اشیاء حاضر میباشند بگوید که اشیاء او را حمل نماید و حمال هم آن اشیاء را حمل کند بدون این که اجرت این عمل بین طرفین معین شده باشد . مثل این است که بین صاحب اشیاء و حمال عقد اجاره واقع شده باشد و صاحب مال باید اجرت عمل حمال را بدهد . و همچنین تمام وجوهی که در زندگانی یومیه راکبین درشکه های کرایه در شهر ها بدرشکه چی می دهند . ویا مشتری ها بحمامی تأدیه می کنند ، الزامی‌است که درنتیجه شبه عقد حاصل می شود . بلی اگر بین راکب ودرشکه چی مثلا قیمت حمل قبلا معین شده باشد در این صورت‌عقد اجارهٔ موجود خواهد بود که تعهد تادیه اجرت را ایجاد می نماید و نه شبه عقد ،

برای این که استیفاء از عمل غیر مصداق خارجی پیدا کند ، و عامل حق مطالبه اجرت داشته باشد ، باید اولا عمل از جمله اعمالی باشد کهٔ عرفاً برای آن اجرتی داده شود ، و یا عامل عادتاً مهیای آن عمل باشد . و ثانیاً عامل عمل را با قصد تبرع انجام نداده باشد . پس هر گاه عمل از جمله اعمالی باشد که عرفاً برای آن اجرتی داده نشود عامل حق مطالبه اجرت نخواهد داشت ، مثل این که یك نفر بقصد خریدن کفش بکفش فروشی امر بدهد که چند جفت کفش برای امتحان باو نشان بدهد این عمل کفش فروش عرفاً اجرت ندارد اعم از اینکه مشتری کفش بخرد یا نه و همچنین اگر عامل از جمله اشخاصی باشد که عادتاً مهیای آن عمل نمی باشد در این صورت نیز حق مطالبه اجرت نخواهد داشت ، مثل این که یك نفر که بستهٔ در دست دارد از دوست خود که همراه او میباشد ، تقاضای حمل آن را بنماید ، در این صورت دوست مزبور حق تقاضای اجرت ندارد ، و حال آنکه انجام همین کار اگر بحمالی رجوع شود حمال حق مطالبه اجرت خواهد داشت ، زیرا که عادتاً مهیای این قبیل اعمال است

و بالاخره اگر معلوم شود که عامل قصد تبرع داشته است حق مطالبه اجرت ندارد و اثبات وجود قصد تبرع به عهده مستوفی است زیرا که انجام عمل از طرف عامل ظاهر در تبرع نیست .

۴۰۰ (ب) - استیفاء منفعت از مال غیر - در مورد استیفاء منفعت از مال غیر ماده ۳۳۷ چنین مقرر میدارد « هرگاه کسی بموجب اذن صریح یا ضمنی از مال غیر استیفاء منفعت کند صاحب مال مستحق اجرت المثل خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که اذن در انتفاع مجانی بوده » بموجب این ماده استیفاء منفعت از مال غیر وقتی مصداق پیدا میکند که مستوفی صریحاً یا ضمناً ماذون دراستیفاء باشد و الا اقدام مستوفی ممکن است باختلاف موارد معامله فضولی یا غصب محسوب شود .

مستوفی باید اجرت المثل منفعتی را که استیفاء کرده است به صاحب مال بدهد مگر این که ثابت شود که اذن صریح یا ضمنی مالك مشعر بر انتفاع مجانی بوده است .

کلمه اجرت المثل که برای دفعه اول ذکر و بعد هم بکرات مذکور خواهد شد باید توضیح شود ، و آن در مقابل اجرت المسمی استعمال میگردد - اجرت المسمی عبارتست از عوض معینی که درضمن عقد اجاره بین طرفین مقرر شده و باید مستاجر بموجر و یا اجیر بدهد مثلا اگر کسی خانه خود را بماهی ده تومان اجاره دهد این مبلغ اجرت المسمی آن خانه است و همچنین اگر کسی روزی پنج قران اجیر شود این مبلغ اجرت المسمی نامیده میشود و برعکس اجرت المثل عوضی است که بین طرفین مقرر نشده باشد و باید بتوسط اهل خبره معین گردد ، مثلا اگر کسی با اذن یا بدون اذن مالك در خانه کسی بنشیند بدون اینکه عقد اجاره واقع و مال الاجاره معین شود ، و اذن هم در انتفاع مجانی نباشد ، باید اجرت المثل خانه را به مالك بدهد ، یعنی باید بتوسط اهل خبره معین شود که عادتاً اجاره این خانه چه مبلغ می شود و آن مبلغ را در ازاء استفادهٔ که از خانه نموده است بمالك بدهد .

فصل سوم

در الزامات حاصله در نتیجه شبه جرم

٤۰۱ - بموجب مادهٔ ۳۰۷ « امور ذیل موجب ضمان قهری است :

۱) غصب و آنچه که در حکم غصب است ۲) اتلاف ۳) تسبیب ٤) استیفاء »

ضمان یعنی ملزم و یا متعهد بودن برای امری . اگر ضامن متعهد بر امری باشد ضمان را عهدی میگویند که عبارت از همان ضمانت معمولی است و اگر ضامن بدون عقد ملزم باشد ضمان را قهری می نامند و این ضمانت از همان الزاماتی است که بدون قرار داد حاصل می شود ، زیرا در این صورت شخص قهراً و بدون قرار داد ملزم به امری می گردد .

الزام حاصل در نتیجه استیفاء در ضمن الزامات ناشیه از شبه عقد مذکور شد و فقط ضمان حاصل در نتیجه غصب و اتلاف و تسبیب جزو الـزامات حاصله از شبه جرم محسوب می گردد ،

مبحث اول

در غصب

٤۰۲ - مطابق قسمت اول مادهٔ ۳۰۸ « غصب استیلاء برحق غیـر است بنحو عدوان . اثبات ید برمال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است » پس اموری که بموجب این مادهٔ شبه جـرم محسوب و موجب ضمان قهری می شود عبارت است ا ز غصب و آن چه که در حکم غصب اسب چنان که همین معنی در فقرهٔ اول مادهٔ ۳۰۷ تصریح شده است .

برای این که استیلاء برحق غیر غصب محسوب شود لازم است که بنحوعدوان باشد و الا تسلط یافتن بدون قهر و عدوان همان اثبات ید بوده و در صورتی که مجوز قانونی نداشته باشد در حکم غصب خواهد بود . پس ملاك تولید ضمان قهری همان تسلط یافتن بر مال غیر است بدون مجوز قانونی اعـم از این کـه این امر غصب محسوب شود یا نه و الا اگر شخصی مالك را از تصرف در مال خود مانع شود بدون این که

خود او تسلط بر آن مال پیدا کند غاصب محسوب نمی گردد، ولی بدیهی است که اگر مال غیر را بالمباشره و یا با تسبیب تلف کند، یعنی خود مباشر اتلاف آن گردد و یا فقط سبب آن شود، از این حیث ملزم به جبران خسارات وارده بر صاحب مال خواهد بود .

۴۰۳ ـ علاوه بر اثبات ید بدون مجوز قانونی که در حکم غصب است، ماده ۳۱۰ مقرر می دارد « اگر کسی که مالی بعاریه یا بودیعه و امثال آن ها در دست او است منکر گردد از تاریخ انکار در حکم غاصب است . »

مطابق این ماده هر کس که مال غیر بنحوی از انحاء در ید او باشد، بطوری که نسبت بان مال امین محسوب شود و در مقابل مطالبه مالك آن را انکار کند، از تاریخ انکار در حکم غاصب خواهد بود . پس برای این که نسبت بمستعیر و یا مستودع وامثال آنان حکم غاصب جاری شود باید مالی را که در دست او می باشد انکار کند، و مادام که انکار نکرده است حکم غاصب بر او جاری نمی شود اگر چه قصد داشته باشد که در صورت مطالبه آن را انکار کند . و چون بموجب ماده ۳۱۵ « غاصب مسئول هر نقص و عیبی است که در زمان تصرف او بمال مغصوب وارد شده باشد هر چند مستند بعمل او نباشد » لذا تاریخی که از آن تاریخ ببعد مستودع یا مستعیر منکر باید غاصب محسوب شود خالی از اهمیت نیست ، و بهمین ملاحظه هم اشخاص مزبور نباید قبل از انکار در حکم غاصب محسوب گردند .

مسؤلیت غاصب و کسانیکه در حکم غاصب میباشند مسؤلیت بالنسبه سنگینی است . چه علاوه براینکه ممکن است در موارد معینه درقانون مجازات عمومی ، غصب جرم واقعی محسوب و مستلزم مجازات تادیبی گردد ، در مواردی هم که فقط شبه جرم را تشکیل میدهد غاصب و کسانی که در حکم غاصب هستند مسئول هر نقص و عیبی میباشند که درزمان تصرف انهابمال مغصوب متوجه میگردد . مثلا اگر کسی مال دیگری را غصب کند ویا عاریه کرده و عندالمطالبه انکار نماید ، و بعد آن مال در نتیجه حوادث غیر مترقبه ویا فرس ماژر تلف شود ، معذلك غاصب یا مستعیر ضامن خواهد بود . و حال آن که مستعیر عادی و سایر ایادی مأذونه یعنی سایر اشخاصی که با اذن از طرف مالك مالی را متصرف هستند ، فقط در صورتی مسئول میباشند که تلف یانقص وعیب در نتیجه

تفریط یا تعدی آنها حاصل شده باشد .

٤۰٤ ـ مطابق ماده ۳۱۱ «غاصب باید مال مغصوبه را عیناً بصاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده باشد باید مثل یاقیمت آن را بدهد واگر بعلت دیگری رد عین ممکن نباشد باید بدل آنرا بدهد .» پس بموجب این ماده غاصب ملزم است که عین‌مال مغصوب را بصاحب آن ردکند ، واگرعین تلف شده باشد باید مثل آنرا ، درصورت مثلی بودن ، وقیمت آنرا ، درصورت‌قیمی‌بودن ، بدهد . وهرگاه‌بعلتی غیراز تلف‌ردعین‌مال‌ممکن نباشد مثلا مال بدریا افتاده و عجالتاً استخراج آن غیر مقدور باشد ، باید بدل آن را بدهد، یعنی باید چیزی که بتواند قائم مقام آن واقع شود بدهد ، با قید این که اگر بعین مال دست رسی پیدا شد ، حق مالکیت نسبت‌بعین محفوظ بوده ومالک‌بدل را رد وعین‌مال خود را در یافت دارد .

٤۰٥ ـ ماده ۳۱۲ مورد نادری‌را پیش بینی کرده و مقرر میدارد که «هرگاه مال مغصوب مثلی بوده‌و مثل آن‌پیدا نشود غاصب‌باید قیمت حین‌الاداء رابدهد و اگرمثل موجود بوده و ازمالیت افتاده باشدباید آخرین قیمت آنرا بدهد » قسمت اول این ماده خیلی مشکل است که مصداق پیدا کند ، زیرا بطوری که ضمن تعریف اموال مثلی‌مذکور شد مطابق ماده ۹٥۰ مثلی عبارت از مالی است که اشباه و نظایر آن نوعاً زیاد و شایع باشد . پس تقریباً غیر ممکن است که مالی مثلی بوده ، یعنی اشباه و نظائر زیاد داشته باشد ، و مثل آن پیدا نشود ، ولی چون ممکن است که از تاریخ غصب تا موقع استرداد اشباه و نظایر آن از بین رفته باشد ، در این صورت غاصب باید قیمت حین الاداء را بدهد ، و مطابق قسمت دوم ماده هرگاه در صورت تلف شدن عین ، مثل مال موجود باشد ، ولی ازمالیت افتاده باشد ، غاصب باید‌آخرین قیمت مال را بدهد ، یعنی قیمتی را بدهد که آن مال قبل از افتادن از مالیت داشته است .

مقررات ماده ۳۱۲رانه‌میتوان کاملا با انصاف، ونه بامنطق، تطبیق نمود، زیرا که هم انصاف و هم منطق ایجاب‌مینماید که با غاصب رفتار شدیدی بشود و حال آنکه ماده مزبور درقسمت اول خود گاهی و درقسمت دوم همیشه بنفع غاصب اجرا میگردد ، بعلت آنکه اگر قیمت مال مغصوب در حین اداء کمتر از قیمت آن درحین غصب باشد، از

تفاوت قیمت غاصب استفاده خواهد کرد ، وهمچنین اگر مال مغصوب از قیمت افتاده باشد تقریباً همیشه آخرین قیمت آن بمراتب کمتر از قیمت حین‌الغصب خواهدبود. نظر بمراتب مزبوره بهتر آن میشد که قانون غاصب را مجبور بتادیه اعلی‌القیم نماید و نه بتادیه قیمتی که ممکن است ادنی‌القیم باشد.

۴۰۶ ـ مال مغصوب ممکن است تلف نشده بلکه در نتیجه عمل غاصب قیمت آن زیاد شده باشد ، مثل این که کتابی مورد غصب واقع شده و غاصب آن‌را تذهیب نموده باشد . در این صورت مطابق ماده ۴۱۴ غاصب حق مطالبه قیمت زیادیرا نخواهد داشت مگر این که زیادتی حاصل در مال عین باشد ، که در این صورت عین زائدمتعلق بخود غاصب است ، مثل اینکه مال مغصوب کتاب بوده وغاصب برای آن جلدی درست کرده باشد یامثلا پرده نقاشی بوده وغاصب آنرا قاب گرفته باشد که در اینصورت جلد کتاب یاقاب پرده متعلق بخود غاصب خواهد بود .

۴۰۷ ـ اگر کسی مال مغصوب را از غاصب غصب کند آن شخص نیز مثل غاصب سابق ضامن است اگر چه بغاصبیت غاصب اولی جاهل باشد همین حکم به موجب ماده ۳۱۶ مقرر است

۴۰۸ ـ حق رجوعی که برای مالك نسبت بغاصب مقرر است نسبت بتمام غاصبین لاحق باید مرعی گردد ، و هرگاه مالك بخواهد مال خود را مسترد نماید ، میتواندبهر یك از غاصبین که بخواهد رجوع کند . بدیهی است که مالك غالباً به غاصبی رجوع خواهد کرد که عین مال نزد او موجود باشد ، ولی ممکن است که عین دربد یکی ازغاصبین تلف شده باشد در این صورت نیز مالك حق دارد که بهر یك از غاصبین که بخواهد رجوع کند و مثل یا قیمت مال مغصوب را مطالبه نماید . در این موضوع ماده ۳۱۷ مقرر می دارد که « مالك می تواند عین و در صورت تلف شدن عین مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از مال مغصوب را از غاصب اولی یا از هر یك از غاصبین بعدی که بخواهد مطالبه کند »

۴۰۹ ـ هر گاه در صورت موجود بودن غاصبین متعدد ومتوالی و تلف‌شدن مال مغصوب ، مالك بغاصبی رجوع بکند که مال در ید او تلف شده است ، و مثل یا قیمت آن را دریافت دارد ، دیگر غاصب مزبور حق رجوع بغاصبین دیگر را نخواهد داشت

و اگر بر عکس مالك برای مطالبه مثل یا قیمت بغاصبی رجوع کند که مال در ید او تلف نشده است ، غاصب مزبور می تواند بکسی که مال در ید او تلف شده رجوع کند ، و یا بیکی از لاحقین خود تا منتهی شود بکسی که مال در ید او تلف شده‌است. بطور کلی در صورت تلف شدن مال مغصوب ، غاصبی باید از عهده مثل یا قیمت آن بر آید که مال مغصوب در ید او تلف شده است چنان که همین نکته را ماده ۳۱۸ به طریق ذیل بیان میکند « و بطور کلی ضمان بر عهده کسی مستقر است که مال‌مغصوب در نزد او تلف شده است »

۴۱۰ ـ چون مالك مال مغصوب باید بهر نحوی که هست بمال خود برسد، بنابر این در صورت تعدد غاصبین حق دارد بهریك که بخواهد رجوع کند، ولی از طرف دیگر هم چون مالك باید فقط بحق خود برسد، لذا در صورتی که تمام یا قسمتی از مال مغصوب را از یکی از غاصبین بگیرد دیگر حق نخواهد داشت که برای آنچه که گرفته است بغاصبین دیگر رجوع نماید (ماده ۳۱۹)

۴۱۱ ـ غاصب نه فقط نسبت بعین ، و در صورت تلف شدن عین ، نسبت بمثل‌یا قیمت آن مسئول می باشد ، بلکه مسئولیت او شامل منافع مال مغصوب هم هست وبایداز عهده منافع نیز بر آید ، و هر گاه غاصبین متعدد موجود باشند مطابق قسمت اول ماده ۳۲۰ نسبت بمنافع مال مغصوب هر یك از غاصبین باندازه منافع زمان تصرف خود و ما بعد خود ضامن است اگر چه استیفاء منفعت نکرده باشد . پس مالك مال مغصوب می تواند برای استرداد منافع مال مزبور بهر یك از غاصبین که بخواهد باندازه زمان تصرف او و غاصبین بعد از او رجوع کند ، بدون این که بتواند منافع زمان تصرف غاصبین سابق‌را از غاصبین لاحق مطالبه کند ، و برای الزام غاصب به منافع ، لازم نیست که غاصب از مال مغصوب استیفاء منفعت نموده باشد بلکه درهر حال‌واعم از این که غاصب از مال مغصوب استیفاء منفعت کرده یا نکرده باشد مشار الیه ملزم است که از عهده منافع مال بر آید . پس اگر کسی خانه دیگریرا مثلا غصب کرده باشد باید علاوه بر رد خانه از عهده اجرت‌المثل زمان تصرف خود وغاصبین لاحق بر خود (اگر باشند) بر آید اگر چه از خانه مغصوب بهیچوجه استفادهٔ ننموده باشد

قسمت دوم ماده ۳۲۰ راجع بروابط غاصبین است در مقابل یکدیگر نسبت بمنافع

مال مغصوب ، ومطابق این قسمت «غاصبی که ازعهدهٔ منافع زمان تصرف غاصبین لاحق خود بر آمدهٔ است میتواند بهر یك نسبت بزمان تصرف او رجوع کند »

۴۱۲ ــ همانطور که مالك میتواند غاصب را تعقیب کردهٔ مثل و یاقیمت مال‌مغصوب را مطالبه نماید ، همانطور هم میتواند ذمه غاصبرا نسبت بمثل یا قیمت مال مغصوب ابراء کند ، و در اینصورت مطابق مادهٔ ۳۲۱ دیگر مالك حق ندارد که برای مطالبه مثل یا قیمت بغاصبین دیگر رجوع کند ، ولی هرگاه مالك بعوض ابراء فقط حق خودرابنحوی از انحاء بیکی از غاصبین منتقل نماید ، غاصب منتقل الیه قائم‌مقام‌مالك شدهٔ ودارای همان حقی خواهد بود که مالك دارا بودهٔ است .

۴۱۳ ــ اگر مطابق مادهٔ ۳۲۱ ابراء ذمه یکی از غاصبین حق رجوع مالك را به غاصبین دیگر نسبت به مثل یا قیمت مال مغصوب ساب می کند ، بر عکس مطابق مادهٔ ۳۲۲ ابراء ذمه یکی از آنها نسبت بمنافع زمان تصرف او موجب ابراء ذمه دیگران از حصه آنها نخواهد بود .

علت این اختلاف آن است کـه نسبت بمثل یا قیمت مال مغصوب مالك بیش از یك حق کـه عبارت از استر داد مثل یا قیمت باشد ندارد ، و اگر یکی از غاصبین را ابراء نمود حق مالك در نتیجه ابراء ساقط شدهٔ و دیگر نمی تواند از حقی که وجود ندارد استفادهٔ نماید ، ولی نسبت به منافع مال مغصوب ، مالك در مقابل هر یك از غاصبین و به نسبت زمان تصرف او ، حق مستقل و علیحدهٔ دارد ، و اگر در مقابل یکی از غاصبین از حق خود صرف نظر نماید ، این نکته دلیل نخواهد بود بر این که در مقابل دیگران هم از حق خود صرف نظر نمودهٔ باشد ، مگر این که ذمه هر یك از غاصبین را علیحدهٔ بری کـند . چنانکـه قسمت اخیر مادهٔ ۳۲۲ همین نظریه را در مورد ابراء ذمه نسبت به منافع عین تعقیب کردهٔ و مقرر می دارد که مالك « اگر ذمه یکی از غاصبین را نسبت بمنافع عین ابراء کند حق رجوع بـه لاحقین نخواهد داشت . » زیرا کـه در اینصورت مالك از حق استفادهٔ ازمنافع عین صرف نظر می نماید نـه از حق خود در مقابـل شخص واحد ، بنا بر این اگر مالـك یکی از غاصبین را که در مورد منافع عین مسئول منافع زمان تصرف خود وزمان‌تصرف‌لاحقین خود میباشد نسبت‌بمنافع مزبورهٔ ابراء نماید ، حق او در مقابل تمام غاصبین لاحق نیز سلب خواهد شد ولی بر عکس حق مزبور در مقابل

غاصبین سابق بر طرف نمی گردد و مالك میتواند بهر غاصب نسبت بمنافع زمان تصرف او و منافع زمان تصرف لاحقین او ولی فقط تا غاصبی که بری شده است رجوع کند .

۴۱۴ ـ ممکن است غاصب مال مغصوب را بدیگری بفروشد ، در این صورت خریدار نیز در مقابل مالك مسئول بوده و مطابق ماده ۳۲۳ مالك می تواند بر طبق مقررات راجعه بغاصب که فوقاً بیان گردید ، بهر یك از بایع و مشتری رجوع کرده عین ، و هر گاه عین تلف شده باشد ، مثل یا قیمت آنرا مطالبه نماید ، و بعلاوه مالك حق دارد که در هر حال منافع مال خودرا نیز مطالبه کند . پس در روابط بین مالك و مشتری مال مغصوب ، خریدار بمنزله خود غاصب می باشد ، اعم از اینکه عالم بغصب باشد یا جاهل .

۴۱۵ ـ در روابط بین مشتری و بایع ، قانون میانه مشتری عالم بغصب ومشتری جاهل فرقی گذاشته ، نسبت بمشتری جاهل بغصب مقررات بالنسبه ملایمتری اتخاذ کرده است ، چه ماده ۳۲۴ مشتری عالم بغصب را مثل غاصب از غاصب تلقی کرده و چنین مقرر میدارد « در صورتی که مشتری عالم بغصب باشد حکم رجوع هر یك از بایع و مشتری بیکدیگر در آنچه که مالك از آنها گرفته است حکم غاصب از غاصب بوده و تابع مقررات فوق خواهد بود » پس بموجب این ماده اگر مالك مثلا ذمه غاصب راکه در این مورد بایع هم می باشد ، بری کند ، دیگر حق رجوع بمشتری را نخواهدداشت و یا حق خود را بنحوی از انحاء بمشتری منتقل نماید مشتری حق خواهد داشت که برای استرداد ثمن ببایع رجوع کند ، و همچنین است نسبت بسایر احکام مربوطه بغاصب از غاصب . و هر گاه مشتری جاهل بغصب باشد ، در این صورت ماده ۳۲۵ برای او وضعیت مناسب تری ایجاد کرده و مقرر میدارد که « اگر مشتری جاهل بغصب بوده و مالك باو رجوع نموده باشد او نیز می تواند نسبت به ثمن و خسارات به بایع رجوع کند اگرچه مبیع نزد خود مشتری تلف شده باشد » و بعلاوه ماده مزبوره در قسمت اخیر خود برای تحکیم موقعیت مشتری که جاهل بر غصب بوده مقرر میدارد که « اگرمالك نسبت بمثل یا قیمت رجوع ببایع کند بایع حق رجوع بمشتری را نخواهد داشت » از قسمت اول ماده ۳۲۵ که بمشتری جاهل بغصب ، حتی در صورت تلف شدن مبیع نزدخود

او ، حق می دهد که در صورت رجوع مالك باو نسبت به ثمن و خسارات ، او نیز به بایع رجوع نماید ، میتوان استدلال مفهوم مخالف نموده و استنباط کرد که هر گاه مشتری عالم بغصب باشد و مالك برای استر داد مثل یا قیمت باو رجوع نماید دیگر مشارالیه حق نخواهد داشت که ببایع رجوع نموده مثل یا قیمتی را که بمالك داده است از او مطالبه کند و این استدلال بموجب ماده ۳۲٤ نیز که در صورت عالم بودن مشتری بغصب او را بمنزله غاصب از غاصب قرار می دهد تأیید می گردد . و مطابق این ماده همانطور که غاصب در صورت تلف شدن مال مغصوب در نزد او ، نمی تواند پس از تأدیه مثل یا قیمت آن بمالك ، بغاصب دیگر رجوع کند . او نیز که در حکم غاصب از غاصب است . نباید در صورت تلف شدن مال در نزد او و محکومیت بتأدیه مثل یا قیمت آن . حق رجوع ببایع داشته باشد . و حال آن که ماده ۳۲٦ بر خلاف این استدلال بمشتری عالم بغصب حق می دهد که در صورت رجوع مالك برای مثل یا ثمن او هم به بایع رجوع کرده مثل یا ثمن را مطالبه نماید ؛ منتهای مراتب حق مطالبه او را محدود نموده و مقرر می دارد که «هر گاه عوضی که مشتری عالم بر غصب در صورت تلف مبیع بمالك داده است زیاده بر مقدار ثمن باشد بمقدار زیاده نمی تواند رجوع ببایع کند ولی نسبت بمقدار ثمن حق رجوع دارد »

البته بین این مواد . یعنی ماده ۳۲٦ از یك طرف ، و ماده ۳۲٤ و ۳۲٥ از طرف دیگر ، تباین کاملی موجود است . چه اگر مشتری عالم بغصب در حکم غاصب از غاصب است چنان که صریح ماده ۳۲٤ حاکی از این نکته است ، دیگر مشار الیه نباید در صورت تلف شدن مال نزد او و محکومیت او در مقابل مالك بمثل یا قیمت آن ، حق رجوع ببایع یعنی غاصب اولی را داشته باشد ، و حال آنکه ماده ۳۲٦ این حق را به او صریحاً میدهد با قید این که برای زیاده از ثمن حق رجوع ندارد ، و اگر بر عکس وضعیت مشتری عالم بغصب بهتر از غاصب از عاصب است ، و حق دارد که در صورت تلف شدن مال نزد او و رجوع مالك باو ، او هم ببایع رجوع کند ، دیگر مفاد ماده ۳۲٤ چه اعتبار و حکمیتی خواهد داشت ؟ در هر حال تباین موجود و راه حل هم تقریباً مسدود است ، معذالك ممکن است این اختلاف بطریق ذیل رفع شود :

ماده ۳۲٤ حکم کلی را که عبارت از یکسان بودن وضعیت غاصب از غاصب است

با وضعیت مشتری عالم بغصب وضع نموده ، و ماده ۳۲۶ که بعد از ماده ۳۲٤ و وارد بر آن است یك مورد بخصوص را از حکم کلی استثناء کرده وبر عکس غاصب از غاصب، بمشتری عالم بر غصب حق میدهد که فقط برای مقدار ثمن و نه برای زیاده بر آن مقدار بتواند ببایع غاصب رجوع کند ، پس در این صورت مفاد ماده ۳۲۶ در مورد بخصوصی که در آن ماده پیش بینی شده است تفوق برحکم کلی ماده۳۲٤خواهد داشت و باید اجرا شود . بعلاوه موضوع این که در صورت رجوع مالك بمشتریعالم بغصب ، آیا مشار الیه می تواند برای استرداد ثمن در صورتی که مال مغصوب نزد او تلف شده باشد بایع رجوع کند یا نه ، مورد نص صریح نمی باشد و بنابر این ممکن است محل اختلاف گردد چه میشود استدلال نمود که اگر ماده ۳۲٤ ضمناً مشتریعالم بغصب را از حق رجوع ببایع محروم کرده است، برای این است که مشارالیه درموقع معامله عالم بعدم مالکیت بایع بوده ، و بایع را مجاناً مسلط برثمن کرده است ، و بنا بر این حق نخواهد داشت که در صورت رجوع مالك باو ، او هم ببایع رجوع نموده،ثمنی را که داده است از او مطالبه کند ، مگر اینکه عین ثمن نزد بایع موجود باشد، ونظر به این مراتب حکم ماده ۳۲٦ نیز ناظر بموردی است که عوض مزبور نزد بایع موجود باشد ، استدلال فوق استدلال محکمی بنظر نمی رسد چـه اولا مگر نه بموجب ماده ۳۹۱ که در فصل بیع مندرج است ، در صورت مستحق للغیر بر آمدن کل یابعض از مبیع ، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد ، و در صورت جهل مشتری بوجود فسادبایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز بر آیـد ، و مگر نه از عبارت صریح این ماده و مخصوصاً از کلمه (نیز) کـه در آخر آن موجـود است ، بطور وضوح معلوم می شود که بایع در هر حال ، خواه مشتری عالم و خواه جاهل بر وجود فساد باشد ، باید از عهده ثمن مبیع بر آید ؟ و بالاخره مگر نه وضعیت مشتری عالم بوجود فساد ، از حیث تسلیط مجانی بایع بر ثمن ، عیناً مثل وضعیت مشتری عالم بر غصب است ؟ - پس اگر تسلیط مجانی فقط در مورد موجود بودن عین ثمن موجب استرداد آن میبود ، بایستی این حکم در ماده ۳۹۱ نیز رعایت شده باشد ، و حال آن که ماده مزبوره هیچ تخصیص نداده و در هـر صورت ، یعنی اعم از این کـه مشتری عالم بوجود فساد باشد یا جاهل ، و اعم از این که عین ثمن در نزد بایع موجود باشد یا نه ، بایـع را مجبور

برد ثمن مبیع می نماید - راست است که مادهٔ ۳۲۴ مشتری عالم بر غصب را در حکم غاصب از غاصب قرار دادهٔ است ، و مادهٔ ۳۲۵ فقط بمشتری جاهل حق می دهد که در صورت رجوع مالك او هم بتواند نسبت بثمن و خسارات ببایع رجوع کند اگر چه مبیع نزد خود او تلف شدهٔ باشد ، ولی هیچ یك از این دو نص را نباید دلیل قرار داد بر این که یك حمایت غیر مستقیمی از غاصبی بعمل آید که توانسته است یك نفر دیگر را بدام آوردهٔ و با وجود علم او بغصب معذلك مال مغصوب را به او فروخته باشد . چه اگر بغاصب از غاصب حق رجوع بغیر از غاصبی که مال نزد او تلف شدهٔ است دادهٔ نمی شود ، برای این است که هیچ یك از غاصبین نتواند از امر غصب استفادهٔ کند ، و ضرر هم منحصراً بکسی متوجه شود که مال مغصوب نزد او تلف شدهٔ باشد ، و بنا بر این اگر بمشتری عالم بغصب حق رجوع ببایع دادهٔ نشود ، نتیجه آن خواهد بود که غاصب مالی را که غصب کردهٔ است بیك نفر طماع و یا بیك نفری که عادتاً خریدار شر می باشد و عالم بر غصب است بقیمت بالنسبه نازلی بفروشد و در هر حال منفعتی از عمل نا مشروع خود تحصیل کند . پس باید در هر صورت به مشتری مال مغصوب اعم از این که عالم یا جاهل به غصب باشد حق رجوع ببایع دادهٔ شود تا بایع نتواند از عمل نا مشروع خود منفعتی که عبارت از ثمن ماخوذ از مشتری است تحصیل نماید منتهای مراتب همان طور که مادهٔ ۳۲۵ نسبت به مشتری جاهل و مادهٔ ۳۲۶ نسبت به مشتری عالم به غصب قرار دادهٔ است مشتری جاهل باید بتواند هم برای ثمن و هم برای خسارات ببایع رجوع کند و مشتری عالم به غصب فقط برای مقدار ثمن .

با ترتیب فوق ممکن است ادعا نمود که همان طور که فوقاً هم مذکور شد بین مادهٔ ۳۲۶ و ۳۲۴ و ۳۲۵ تباینی موجود نمیباشد .

۴۱۶ - بالاخره ممکن است که غاصب مال مغصوب را بطریقی غیر از بیع به دیگری منتقل نماید مثلا بصلح یا هبه و امثال آن ، در این صورت نیز مطابق مادهٔ ۳۲۷ « اگر ترتب ایادی بر مال مغصوب بمعامله دیگری غیر از بیع باشد احکام راجعه به بیع مال غصب که فوقاً ذکر شدهٔ مجری خواهد بود »

۴۱۷ - در ضمن مطالب راجعه بغصب مادهٔ ۳۱۳ مورد خاصی را پیش بینی کردهٔ

است و آن عبارت است از این که یك نفر در زمین خود ، با مصالح بنائی متعلق بغیر ، بدون اجازه کسی که مصالح متعلق باو است بنائی سازد ، و یا درخت غیر را بدون اذن مالك در زمین خود غرس کند ، در این صورت ماده مزبوره بصاحب مصالح و یا بصاحب درخت اجازه میدهد که قلع یا نزع آنرا بخواهد مگر اینکه بین مالك مزبور با مالك زمین باخذ قیمت مصالح و یا قیمت درخت تراضی گردد .

مبحث دوم

در اتلاف

٤١٨ ـ مطابق ماده ۳۲۸ هر کس مال غیررا تلف کند ضامن است و بساید باختلاف موارد مثل یا قیمت آنرا بدهد یعنی اگر تالف مثلی است مثل ، و اگر قیمی است قیمت آنرا تأدیه نماید ، اعم از اینکه تلف از روی عمد باشد یا بدون عمد ، و اعم از اینکه تالف عین باشد یا منفعت . و نیز مطابق همان ماده اگر کسی مال غیررا ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است .

اتخاذ اصل مذکور درماده فوق‌همان اجرای ساده‌ترین‌قواعد عدل و انصاف‌است ، چه ساده ترین قاعده عدل ایجاب مینماید که هر کس هر ضرری بغیر وارد سازد آنرا جبران کند .بنا بر این هر کس مال غیر راتلف کند ویا آنراناقص و یامعیوب نماید ، باید از عهده ضرری که وارد آورده است بر آید .

٤١٩ بهترین طریقه برای جبران خسارات وارده عبارت است از اعاده وضعیت سابقه ، پس در صورتی که برای یك نفر که مال غیر راتلف یا ناقص‌و یا معیوب کرده است ، ممکن باشد که مال تالف یا ناقص و معیوبرا بصورت اول در آورده و بمالك‌رد نماید ، باید بهمین طریق رفتار شود ، و در حقیقت همین حکم است که ماده ۳۲۹ در مورد بخصوصی بیان نموده است . و مطابق ماده مزبوره « اگرکسی خانه یا بنای کسی را خراب کند باید آنرا بمثل صورت اول بنا نماید و اگر ممکن نباشد باید از عهده قیمت بر آید » پس محکومیت تلف یا ناقص کننده مال غیر بقیمت یا تفاوت قیمت مال در صورتی خواهد بود که اعاده بحال اول ممکن نباشد .

٤٢٠ ـ نسبت باتلاف حیوان‌متعلق بغیر ماده ۳۳۰ مقرر میدارد که « اگر کسی

حیوان متعلق به غیر را بدون اذن صاحب آن بکشد باید تفاوت قیمت زنده و کشته را بدهد و اگر کشته آن‌قیمت نداشته باشد باید تمام قیمت حیوانرا بدهد ....»

البته حیوانی که کشته شده است ممکن است از حیث گوشت و پوست و غیره دارای قیمتی باشد ، و بدیهی است که اگر در اینصورت کشنده حیوان تمام قیمت را بدهد ، صاحب حیوان بیشتر از حق خود نایل خواهد شد . و برای اینکه مشار الیه نتواند هم از قیمت حیوان که کشنده باو میدهد ، و هم از قیمت پوست و گوشت او استفاده نماید ماده ۳۳۰ کشنده را فقط ملزم بتادیه تفاوت قیمت نموده است

کسی که‌حیوان غیر رامیکشد ممکن‌است برای‌دفاع از نفس خوداقدام باین امر کرده باشد در این صورت مطابق حکم کلی که قتل نفس را در مقام دفاع جرم محسوب نمیدارد قاتل حیوان نیز مرتکب شبه جرمی محسوب نمیشود تا موجب ضمان گردد و همین نظر را قسمت اخیر ماده ۳۳۰ تایید کرده ومقرر میدارد که اگر کسی حیوان‌متعلق‌بغیر را برای دفاع از نفس بکشد یا ناقص کند ضامن نخواهد بود.

مبحث سوم

در تسبیب

۴۲۱ ـ مبحث اتلاف راجع بموردی است که یکنفر با لمباشره مال‌غیر را کلا یا جزأً تلف کند ، و مبحث تسبیب راجع بموقعی است که یکنفر سبب تلف‌مال غیر بشود مثلا یکنفر با علم بخرابی دیوار خود آنرا تعمیر نکند ، و دیوار مزبور خراب شده و اسب غیر در زیر آوار بماند .

حکم تلف کردن مال غیر ، خواه بالمباشره و مستقیماً باشد ، و خواه با تسبیب و بطور غیر مستقیم ، همان است که در مورد اتلاف ذکر شد و ماده ۳۳۱ حکمی را که ماده ۳۲۸ در باب اتلاف ذکر نموده است در مورد تسبیب بیان کرده و مقرر می دارد « هر کس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت آنرا بدهد و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهده نقص قیمت آن بر آید »

این حکم مطابق عدل و منطق بوده و هرکس را ملزم مینماید ضرری راکه از عمل او بغیر وارد آمده است جبران کند .

۴۲۲ - البته برای اینکه یکنفر مسبب تلف مال غیر محسوب و از این حیث مسئول خسارات وارده بر صاحب مال گردد باید مسبب بودن او حقیقی باشد یعنی تلف شدن مال را واقعاً بتوان باو منتسب نمود ولی برای اینکه یکنفر مسبب محسوب شود لازم نیست که در عمل خود عامد باشد و در تعقیب همین نظریه ماده ۳۳۳ مقرر میدارد که « صاحب دیوار یا عمارت یا کارخانه مسئول خساراتی است که از خراب شدن آن وارد میشود مشروط بر اینکه خرابی در نتیجه عیبی حاصل گردد که مالك مطلع بر آن بوده و یا از عدم مواظبت او تولید شده است » پس بموجب این ماده مالك دیوار یا عمارت و یاکارخانه وقتی مسئول خسارات ناشیه از خرابی دیوار یا عمارت و یا کارخانه میشود ، که خرابی در نتیجه عیبی حاصل بشود که مالك مطلع برآن بوده و یااز عدم مواظبت او تولید شده باشد ولو اینکه جاهل بر وجود آن باشد بعبارة اخری قانون وقتی مالك دیوار یا عمارت را مسئول قرار میدهد که در ورود خسارت مسبب باشد و الا چگونه ممکن است مالکی را که از وجود عیب مسبوق نیست و عیب هم در نتیجه عدم مواظبت او حاصل نشده و شاید در نتیجه حادثه غیر مترقبه و یافرس ماژور حاصل شده باشد مسئول قرار داد و نیز در تعقیب همین فکر ماده ۳۳۴ حکم راجع بخسارات وارده از ناحیه حیوانات و ماده ۳۳۵ حکم خسارات وارده از تصادم بین دو کشتی یا دو قطار راه آهن و یا دو اتومبیل را مقرر نموده است و مطابق ماده ۳۳۴ « مالك یامتصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد میشود مگر اینکه در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد لیکن در هر حال اگر حیوان بواسطه عمل کسی منشا ضرر گردد فاعل آن عمل مسئول خسارات وارده خواهد بود »

در این ماده دو مورد علیحده فرض شده یکی اینکه حیوان بواسطه عمل کسی منشأ ضرر واقع شود ، دراینصورت بدیهی است که فاعل آن عمل که مسبب واقعی حدوث ضرر است باید مسئول آن گردد مثلا اگر کسی سگی را تحریك نماید و در نتیجه تحریك او سك منشأ ضرر غیر شود باید از عهده ضرر بر آید . دیگری آنکه مالك یا متصرف حیوان بهیچوجه عملی را مرتکب نشود که بواسطه آنعمل حیوان منشا ضرر گردد بلکه خود حیوان خسارتی مستقیماً وارد نماید . در اینصورت اگر مالك یا متصرف درحفظ حیوان تقصیر نموده باشد مسبب محسوب و مسئول خسارات ناشیه از ناحیه حیوان خواهد بود و

برعکس اگر مالك یا متصرف در حفظ حیوان تقصیری نکرده و معذلك حیوان موجب‌ضرر غیر گردد بهیچوجه مسئولیتی نخواهد داشت .

ماده ۳۳۵ نسبت بتصادم بین دو کشتی و امثال آن چنین مقرر میدارد که « در تصادم بین دو کشتی یا دو قطار راه آهن یا دو اتومبیل و امثال آنها مسئولیت متوجه طرفی خواهد بود که تصادم در نتیجه عمد یا مسامحه او حاصل شده باشد و اگر طرفین تقصیر یا مسامحه کرده باشند هر دو مسئول خواهند بود »

۴۲۳ ــ در مسائل راجعه به تسبیب امری که فوق العاده مهم و در عین حال‌فوق‌العاده مشکل است عبارت است از تشخیص مسئول واقعی در صورت وجود مسبب و مباشر چه بطوری که فوقاً در ضمن ماده ۳۳۲ بیان گردید در چنین صورت مسبب مسئولیتی نخواهد داشت مگر اینکه سبب اقوی بوده و عرفاً اتلاف مستند به او باشد و بر عهده قاضی است که در هر مورد بخصوص باتوجه به اوضاع و احوال قضیه تشخیص بدهد که آیا قوه سبب به اندازهٔ هست که رفع مسئولیت از مباشر بنماید یانه . مثلا اگر کسی به شوفر خود امر دهد که اتومبیل اورا از دست چپ خیابان ببرد در صورتی که نظامات جاریه او را ملزم به راندن از دست راست مینماید و شوفر در نتیجه اطاعت به امر ارباب خود اسب غیری را زیر اتومبیل گذاشته و تلف کند بدیهی است که در اینصورت مسئولیت خسارات وارده بر صاحب اسب بعهده صاحب اتومبیل که سبب است خواهد بود و نه بر عهده شوفر که مباشر اتلاف شده است چه سبب اقوی بوده و عرفاً اتلاف مستند باو میباشد .

در هر حال مسئلهٔ که مسلم است عدم مسئولیت جزائی مسبب است مگر اینکه‌مسبب بتواند شریك یا معاون جرم محسوب گردد .

باب سوم

درعقود معینه مختلفه

۴۲۴ - بطوری که سابقاً مذکور شد عقود ومعاملات یکی ازطرق تملك است و حال باید اضافه نمائیم که مهمتر و عادی ترین طرق تملك همین عقود و معاملات است که مخصوصاً در قانون مدنی بطور مبسوط ذکر شده و ماهم ذیلا یك‌یك را شرح میدهیم:

فصل اول

در بیع

مبحث اول

دراحکام‌بیع

۴۲۵ - تصوری که مردمان امروز از عقد بیع در نظر دارند بکلی مخالف آن حقیقتی است که این معامله در ازمنه سابقه داشته است ، زیرا که در قرون سابقه عقد بیع یك نوع عقد معاوضه بود که بموجب آن بایع ملکیت مبیع را بمشتری منتقل مینمود و در مقابل مشتری ملکیت ثمن را که غالباً غیر از وجه نقد بود ، ببایع منتقل می کرد . و بهمین جهت است که بیع را بطریق ذیل تعریف کرده‌اند : بیع عبارت‌است از تملیك عین بعوض معلوم.

بر عکس امروز همین که صحبت از عقد بیع میشود فوراً انتقال مالکیت شیئی در مقابل وجه نقد متبادر بذهن می گردد ، وحقیقتاً امروز در عقد بیع باشکال می توان تصور نمود که یکی از عوضین وجه نقد نباشد ، در هرحال میتوان گفت که بیع کامل ترین شقوق معاوضه است .

در قدیم‌الایام بیع یکنوع معاوضه بوده وبرای رفع احتیاجات مردم کافی بود زیرا که دائره احتیاجات محدود و عده اموالی که ممکن بود مبیع واقع‌شود تقریباً محصوربود ولی بیع زمان قدیم دیگر برای رفع احتیاجات امروزه کافی نبوده و ترقیات معاملات بین مردم که نتیجه تکامل و تمدن است تصوربیع را بنحوی که فوقاً ذکر نمودیم در اذهان

ایجاد کرده وبالنتیجه عقد بیع که در آن یکی از عوضین وجه نقد نباشد تقریباً غیر قابل تصور شده است ، معذالك قانون مدنی تعقیب نظر سابق را کرده و بیع را بموجب ماده ۳۳۸ بطریقی که فوقاً ذکر نمودیم تعریف نموده است پس بموجب ماده مزبوره «بیع عبارت است از تملیك عین بعوض معلوم »

مطابق این تعریف بایع باید ملکیت مبیع رابمشتری منتقل نماید و هر گاه نتواند از عهده این امر بر آید بیع صحیح نخواهد بود . و بهمین جهت است که بیع مال غیر نافذ نیست زیرا که مادام مالك بیع مال خود را اجازه نکرده است بایع نمی تواند ملکیت آن را حقیقتاً به مشتری منتقل کند ، و همین که مالك اجازه نمود این شرط حاصل و بیع صحیح میشود .

در حقوق رم بایع مجبور نبود که ملکیت مبیع را بمشتری منتقل نماید بلکه تعهد بایع عبارت بود از اینکه تصرف بلامعارض مبیع را بعنوان مالکیت برای مشتری تأمین کند ، بنا بر این اگر برای بایع مقدور بود که مال غیر را به تصرف مشتری بدهد به نحوی که مشتری در آن تصرفات مالکانه کرده و احدی با او معارضه نکند ، بیع صحیحاً واقع میشد .

۴۲۶ — در هرحال تعریف ماده ۳۳۸انتقال مالکیت مبیع را بمشتری از مقتضیات عقد بیع قرار داده و بهمین جهت اگر در ضمن بیع عدم مالکیت مشتری شرط شود این شرط مخالف مقتضای عقد بوده نه فقط باطل بلکه موجب بطلان عقد هم خواهدبود.

پس مقتضای عقدبیع انتقال مالکیت مبیع است بمشتری ودرنتیجه این انتقال به محض این که عقد بیع صحیحاً واقع شد یعنی بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن توافق نظر حاصل نمودند و این توافق خود را با ایجاب و قبول و یا داد و ستد تنها واضح ساختند ، مشتری مالك مبیع می شود مگر در مواردی که برای صحت بیع شرط دیگری هم موجود باشد (مثل بیع اثمان یا بیع صرف که در آن قبض شرط صحت است) و در این صورت عدم مالکیت مشتری بر مبیع من حیث اینست که قبل از قبض بیع صحیحاً واقع نمیگردد همانطور که در مورد بیع فضولی مذکور شد که بایع نمیتواند قبل از اجازه مالك ملکیت مبیع را بمشتری منتقل کند.

مطالب فوق بموجب ماده ۳۳۹ که بموجب آن « پس از توافق بایع و مشتری

درمبیع وقیمت آن عقد بیع بایجاب و قبول واقع می شود » توضیح و بعلاوهٔ بموجب مادهٔ ۳٦۲ تصریح و بموجب مادهٔ ۳٦۳ نیز تأیید می گردد چه مطابق فقرهٔ اول مادهٔ ۳٦۲ « بمجرد وقوع بیع مشتری مالك مبیع و بایع مالك ثمن می شود » و به موجب مادهٔ ۳٦۳ « در عقد بیع وجود خیار فسخ برای متبایعین یا وجود اجلی برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن مانع از انتقال نمی شود » و مقصود از انتقال همان انتقال مالکیت است ولی بدیهی است که بایع وقتی می تواند مالك ثمن ، و مشتری وقتی میتواند مالك مبیع - گردد ، که مبیع یا ثمن عین شخصی باشد و اگر مبیع یا ثمن عین کلی باشد مسلم است که مشتری یا بایع نمی تواند مالك آن عین گردد مگر پس از آنکه فرد آن شخصاً معین شود که در این صورت عین شخصی می شود و مادام که عین کلی است مشتری مالك مافی الذمه بایع خواهد بود.

٤۲۷ - در هر حال مطابق مادهٔ ۳۳۹ عقد بیع بایجاب و قبول واقع می شود ولی ممکن است بداد و ستد نیز واقع گردد . بیعی را که به داد وستد تنها واقع می شود بیع معاطاة می گویند و حقیقتاً در این معامله قصد طرفین نه به لفظ ، ولی به فعلی که عبارت از داد و ستد است و کاشف از قصد می باشد معلوم می گردد .

٤۲۸ - در ایجاب و قبول الفاظ و عبارات باید صریح در معنی بیع باشد یعنی الفاظ و عباراتی باشد که قصد طرفین را در انعقاد بیع بطور صریح معین نماید (مادهٔ ۳٤۰) بنا بر این اگر بایع بمشتری بگوید که (این اسب را دادم بشما در ازاء صد تومان) و مشتری نیز این معامله را قبول کند معلوم است که مقصود از کلمه دادم همان کلمه فروختم است پس بیع ممکن است باین طریق واقع شود ولی اگر بر عکس یکنفر به طرف دیگر بگوید که (این اسب را دادم بشما بشرط اینکه شما هم یکصد تومان به من بدهید) این عبارات قصد بیع را بطور صریح معین نمی نماید چه ممکن است تصور شود و این تصور هم تصور غلطی نخواهد بود - که مقصود گویندهٔ هبه کردن اسب بوده است بشرط اینکه طرف هم یکصد تومان باو هبه نماید . و گر چه بالاخرهٔ نتیجه دو معامله مذکور فوق یکی است ولی چون بین احکام خاصه بیع و احکام هبه فرق کلی موجود است لذا ، در روابط حقوقی متعاملین تشخیص اینکه عقد بیع بوده است یا هبه فوق العادهٔ مهم خواهد بود .

٤٢٩ – انواع بیع مختلف است و مطابق مادهٔ ۳٤١ «بیع ممکن است مطلق باشد یا مشروط و نیز ممکن است که برای تسلیم تمام یا قسمتی از مبیع و یا برای تادیه تمام یا قسمتی از ثمن اجلی قرار داده شود.» بعبارة اخری ممکن است عقد بیع ساده و قطعی بوده و یا در ضمن عقد مزبور مقرراتی اتخاذ شود که آن را از حالت سادگی خارج نماید. مثلا در بیع برای بایع شرط فسخ قرار داده شود که در این صورت بیع مشروط خواهد بود، و یا برای تسلیم مبیع و یا برای تادیه ثمن اجلی معین شود که در این صورت و به اختلاف مورد بیع مؤجل و یا بیع نسیه خواهد بود.

٤٣٠ – در هر صورت اگر در عقد بیع شرطی ذکر نشود و یا برای تسلیم مبیع و یا تادیه قیمت موعدی معین نگردد مطابق مادهٔ ۳٤٤ «بیع قطعی و ثمن حال محسوب است مگر اینکه بر حسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجارتی وجود شرط یا موعدی معهود باشد اگر چه در قرار داد بیع ذکر نشده باشد» و در این صورت اگر چه شرط یا موعد در قرار داد طرفین ذکر نمی شود ولی چون بطوری که سابقاً هم مذکور شد مطابق مادهٔ ۲۲۵ «متعارف بودن امری در عرف و عادت بطوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد بمنزله ذکر در عقد است» لذا اگر شرط یا موعد مطابق عرف و عادت معهود باشد مثل این است که در عقد ذکر شده باشد.

مبحث دوم

در طرفین معامله

٤٣١ – مطابق مادهٔ ۳٤٥ «هریك از بایع و مشتری باید علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله اهلیت برای تصرف در مبیع یا ثمن را نیز داشته باشد»

در عقد بیع، و هم چنین در هر معامله دیگری، اهلیت متعاملین اصل، و عدم اهلیت استثنائی است، بعبارة اخری هر کس میتواند معامله کند مگر اینکه قانوناً برای معامله بطور کلی، و یا برای آن قسم معامله نمودن، غیر اهل باشد. و مادهٔ مذکور فوق برای هریك از بایع و مشتری علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله که مطابق

مادهٔ ۲۱۱ عبارت از بلـوغ و عقل و رشد است . اهلیت برای تصرف درمبیع یا ثمن را نیز شرط قراردادهٔ است ، چه ممکن است که یك نفر برای معامله کردن اهلیت داشته باشد ولی برای تصرف در مالیکه میخواهد بفروشد غیر اهل باشد . بنا بر این نه فقط اشخاصی که بالغ وعاقل و رشید نیستند نمی توانند بایع یا مشتری واقع گردند بلکه تاجر ورشکست هم پس ازصدور حکم ورشکستگی نمی تواند مالی بخرد ویا مالی را بفروشد زیرا بموجب مادهٔ ۴۱۸ قانون تجارت « همین که حکم ورشکستگی صادر شد تاجر ورشکسته ازتاریخ حکم از مداخله کردن در تمام اموال خود حتی آن چه که ممکن است در مدت ورشکستگی عاید او گردد ممنوع است »

۴۳۲ ـ اگر برای امکان انعقاد عقد لازم است که بایع یا مشتری اهلیت‌قانونی تام داشته باشند، یعنی هـم برای معامله کـردن و هم برای تصرف در مبیع یا ثمن اهل باشنـد لازم، نیست کـه بایع یا مشتری تام الجوارح هـم باشند، چنان کـه مـادهٔ ۳۴۷ مقرر میدارد که « شخص کور می تواند خرید و فروش نماید مشروط بر اینکه شخصاً بطریقی غیر از معاینه یا بوسیله کس دیگر ولو خود بایع جهل او مرتفع شود» عبارت این مادهٔ قابل انتقاد است، زیرا بدیهی ست که اگر شخص کور بخواهد چیزی بخرد یا بفروشد جهل او نسبت به مبیع یا به ثمن باید بوسیلهٔ غیر از معاینه مرتفع‌شود، وحال آن‌که از عبارت مادهٔ‌که می نویسد مشروط بر این که بطریقی غیر از معاینه جهل او مرتفع شود. مثل اینست که جهل او ممکن است بطریق معاینه هم مرتفع گردد، بعلاوهٔ در ذیل مادهٔ مذکور است که « یا بوسیله کس دیگر ولو خود بایع جهل او مرتفع شود » و این عبارت فقط ناظر بر موردی است کـه شخص کور مشتری واقع شود و جهل او نسبت به مبیع مرتفع گردد ، و حال آن‌که اگر شخص‌کور بایع واقع گردد و ثمن هم عین معینی غیر از وجه نقدباشد ، باز بایـد جهل او نسبت به ثمن مرتفع گردد بنا بر این بهتر این می شدکه مادهٔ ۳۴۷ بطریق ذیـل تدوین شدهٔ باشد :

شخص کور می تواند خرید وفروش نماید مشروط بر این که خود او مستقیماً بوسیلهٔ که ممکن است جهل خود را نسبت به مبیع یا ثمن مرتفع نماید ویا بتوسط کس دیگر ولو خود طرف معامله جهل او مرتفع شود .

۴۳۳ ـ بالاخرهٔ مادهٔ ۳۴۶ در مبحث راجع بطرفین معامله مقرر می دارد که «عقد

بیع باید مقرون برضای طرفین باشد و عقد مکره نافذ نیست » علاوه بر این که ذکر این حکم در مبحث راجع به طرفین معامله بی مورد است و اگر محتاج به ذکر هم بود بایستی در ضمن مبحث اول که راجع به احکام بیع است ذکر شده باشد، چون خود حکم در ضمن احکام عقود بطور کلی ذکر شده است تصور میرود که دیگر لازم نبود در این جا تکرار شود.

مبحث سوم

در مبیع

۴۳۴ - مطابق ماده ۳۴۸ « بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلائی ندارد یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است مگر این که مشتری خود قادر بر تسلم باشد » و مطابق ماده ۳۴۹ « بیع مال وقف صحیح نیست مگر در موردی که بین موقوف علیهم تولید اختلاف شود بنحوی که بیم سفك دماء رود یا منجر بخرابی مال موقوفه گردد و همچنین در مواردی که در مبحث راجع بوقف مقرر است » و بالاخره مطابق ماده ۳۵۲ « بیع فضولی نافذ نیست مگر بعد از اجازه مالك بطوری که در معاملات فضولی مذکور است »

پس بموجب این سه ماده بعضی اشیاء است که بیع آن مطلقا باطل ، و بعضی اشیاء است که بیع آن فقط در موارد معینه جائز است.

۴۳۵ -(الف) اشیائی که بیع آن مطلقا باطل است از قرار ذیل میباشد :

۱ - چیزیکه خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است.

اشیائی که خرید و فروش آن ممکن است قانوناً ممنوع باشد در همه جا و در همه وقت یکسان نیست ، چه ممکن است در هر موقعی مصالح وقت ممنوعیت خرید و فروش یك نوع مال را ایجاب کند ، مثل مواد مخدره و اسلحه ناریه و حیوانات مبتلای بامراض مسریه و غیره .

۲ - اشیائیکه مالیت و یا منفعت عقلائی ندارد.

امروزه عده اشیائی که مالیت نداشته باشد تقریبا کالعدم است زیرا هر شیئی را ممکن است بمصرفی رسانید و از آن تحصیل منفعتی نمود . معذلك ممکن است همانطورکه

متقدمین بر قانون مدنی مثل زده‌اند بر مگس و یا ناخن چیده شده برای اشیائی که‌مالیت ندارند بطور مثال ذکر شود .

۳ ــ اشیائی که نه بایع قدرت به تسلیم آن دارد و نه مشتری قدرت بر تسلم مثل عقابی که درهوا میپرد .

(ب) اشیائی که بیع آن فقط در موارد معینه جائز است از قرار ذیل میباشد

۱ ــ اموال موقوفه که موارد جواز بیع آن را در مبحث راجع بوقف ذکر نمودیم (مادهٔ ۳٤۹)

۲ ــ مال غیر که بیع آن فقط در موردی صحیح است که مالك اجازه نماید (مادهٔ ۳٥۲)

بــه غیر اموال و اشیاء مذکور فوق کلیه امــوال ممکن است مــورد بیع و شری گردد .

٤۳٦ ــ مطابق مادهٔ ۳٤۲ مبیع باید ازحیث مقدار و جنس و وصف معلوم باشد بنا بر این بیع چیزی که ازحیث مقدار یا جنس یا وصف معلوم نیست باطل خواهدبود.

پس اگر کسی مالی بفروشد ، باید اولا معین شود که آن مال ازچه جنس‌است وتعیین نوع کافی نخواهد بود ، مثل این که اگر یك نفر بطرف مقابل خود مقدارده خروار حبوبات بفروشد . این بیع صحیح نیست زیرا گرچه مبیع ازحیث نوع معین‌است، ولی ازحیث جنس معین نیست و باید معلوم شود که‌ازچه قسم حبوبات است .

٤۳۷ ــ نظر بمراتب فوق مادهٔ ۳٥۳ مقرر می دارد که «هرگاه چیز معین‌بعنوان جنس خاص فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد بیع باطل است و اگر بعضی از آن از غیر جنس باشد نسبت بان بعض باطل است و نسبت بمابقی مشتری حق‌فسخ دارد » مثلا اگر کسی یك حلقه انگشتر بفروشد بعنوان این که طلا می باشد ، و بعد معلوم گردد که طلا نبوده فقط مطلا است ، بیع باطل است و اگر مبیع متعدد باشدمثلا یکنفر یك جفت گوشواره بفروشد بعنوان اینکه هر دو الماس است و بعد معلوم گرددکه یکقطعه از آن الماس و دیگری شیشه است بیع نسبت بقطعهٔ که الماس نیست باطل و نسبت بقطعه دیگر مشتری حق فسخ خواهد داشت ــ ثانیا با تعیین جنس مبیع بایدوصف آن معین شود . درفروش حبوبات مثلا نه فقط باید معلوم شود کــه مبیع گندم است

بلکه بعلاوه باید معین گردد که چه قسم کدم است مثلا باید معلوم شود که گندم ورامین است - ثالثاً با تعیین جنس ووصف هم باید مقدار مبیع معلوم باشد یعنی هم بایع وهم مشتری بدانند که مقدار مبیع چیست .

٤۳۸ - بدیهی است تعیین مقدار باختلاف مبیع متفاوت می شود ، زیرا که برای تعیین مقدار هر شیئی واحدی معین است که ممکن است در همه بلاد یکسان نباشد ، مثلا در بعضی از نقاط ایران خیار را بوزن و در بعضی نقاط دیگر آنرا بعدد میفروشند و برای رعایت همین نکته است که مادهٔ ۳٤۲ بعد از تصریح بر این که «مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد » اضافه مینماید که « تعیین مقدار آن بوزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است »

٤۳۹ - در مواردیکه مبیع بشرط مقدار معین فروخته می شود ، برای این که بیع صحیحاً واقع گردد لازم نیست که مبیع شمرده شود یا کیل یا وزن شود چنان که مادهٔ ۳٤۳ مقرر میدارد که « اگر مبیع بشرط مقدارمعین فروخته شود بیع واقع میشود اگر چه هنوز مبیع شمرده نشده یا کیل یا وزن نشده باشد »

٤٤۰ - مطابق مادهٔ ۳۵۰ « مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین بطور کلی از شیئی متساوی الاجزاء و همچنین ممکن است کلی فی الذمه باشد »

۱ - مفروز - مبیع وقتی مفروز است که از حصص دیگر تجزیه شده و معین باشد مثل اینکه یك قطعه زمین بین دو نفر مشاع باشد و بعد آن را مفروز کرده و قطعهٔ که مختص هر یك از شریکین است معین و معلوم باشد وبعد یکی از آنها قطعه متعلق بخود را بفروشد .

۲ - مشاع - مبیع وقتی مشاع است که عبارت باشد از یك قسمت معین از کل مثل اینکه یکنفر خمس یا ربع یا ثلث یا نصف یك چیزی را بفروشد بدون این که معین گردد که کدام حصه معین فروخته شده است دراین صورت مشتری معادل خمس یا ربع یا ثلث یا نصف را از کل مالك خواهد بود .

۳ - مقدار معین بطور کلی از شیئی متساوی الاجزاء - اشیاء ممکن است متساوی الاجزاء باشد یا متفاوت الاجزاء مثلا یك قطعه زمین ممکن است تماماً خاك رست باشد و یا یك مقدار آن خاك رست ومقدار دیگرش شنزار باشد در صورت اول زمین متساوی الاجزاء

و در صورت دوم متفاوت‌الاجزا است و هر گاه شیئی متساوی‌الاجزاء باشد ممکن است فقط یك مقدار آن بطور کلی مبیع واقع شود مثلا هزار ذرع مربع از یك قطعه زمین که تماماً شنزار است و بر عکس اگر شیئی متفاوت‌الاجزاء باشد ممکن نیست که مقدار معین از آن بطور کلی مبیع باشد زیرا متفاوت بودن اجزاء موجب متفاوت‌بودن قیمت است و چون مشتری نمیداند که کدام قسمت مال او میباشد در اینصورت مبیع تقریباً مجهول بوده و موجب بطلان بیع خواهد بود .

٤ - کلی فی‌الذمه - مادهٔ ۳۵۱ مبیع کلی را بطور ضمنی تعریف نموده و می گوید « در صورتی که مبیع کلی یعنی صادق بر افراد عدیده باشد . . . . » پس کلی عبارت از چزی‌است که‌صادق بر افراد عدیده باشد مثلا یك گوسفند یا یك خروار گندم و هر گاه مبیع کلی باشد مطابق مادهٔ مزبور « بیع آن وقتی صحیح است که مقدار - و جنس و وصف مبیع ذکر بشود » بنا بر این هر گاه یك نفر یك گوسفند بطور - کلی بفروشد این بیع صحیح نخواهد بود زیرا اگرچه ازحیث مقدار و جنس معین است ولی از حیث وصف معین نیست بر عکس اگر مبیع عبارت باشد از یك گوسفند که هشت من وزن داشته باشد در این صورت بیع صحیح است زیرا مبیع هم از حیث جنس و هم از حیث مقدار و هم از حیث وصف معین است و همچنین اگر یك نفر ده خروار گندم بفروشد بیع صحیح نیست زیرا اگرچه مبیع از حیث جنس و مقدار معین است ولی از حیث وصف معین نیست و بر عکس اگرمبیع عبارت باشد از ده خروار گندم ورامین بیع صحیح خواهد بود .

۴۴۱ - اعم از این که مبیع مفروز باشد یامشاع ، عین شخصی باشدیا عین کلی و متساوی‌الاجزاء باشد یا متفاوت‌الاجزاء ممکن است بیع از روی نمونه بعمل آید ، در این صورت باید تمام مبیع مطابق نمونه تسلیم شود و الا مشتری خیار فسخ خواهدداشت (مادهٔ ۳۵۴)

بدیهی است که اگر بیع از روی نمونه بعمل‌آمده باشد باید تمام مبیع مطابق‌آن نمونه تسلیم شود و اگر مطابق نمونه تسلیم نشود مشتری حق خواهد داشت که بواسطه تخلف وصف معامله را فسخ نماید.

۴۴۲ - نسبت بدخول یا عدم دخول شیئی در بیع ، قانون عرف و عادتراحاکم

قرار داده ، و بموجب مادهٔ ۳۵۶ و ۳۵۷ چنین مقرر میدارد « هرچیزی که بر حسب عرف و عادت جزو یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بردخول آن درمبیع نماید داخل در بیع است و متعلق بمشتری است اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند » و همچنین « هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزو یا تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی شود مگر این که صریحاً در عقد ذکر شده باشد » .

۴۴۳ — پس بموجب این دو مادهٔ هر چیزیکه عرفاً جزء یا از توابع مبیع شمرده شود داخل در بیع است مگر این که صراحتاً استثناء شده باشد ، و هر چیزی که عرفاً جزء یا از توابع مبیع شمرده نشود خارج از بیع است مگر اینکه صریحاً داخل در عقد شده باشد . و در اجرای همین اصل ماده ۳۵۸ مقرر میدارد که « نظر بدو مادهٔ فوق در بیع باغ اشجار و در بیع خانه ممر و مجری و هر چه ملصق به بنا باشد به طوری که نتوان آنرا بدون خرابی نقل نمود متعلق بمشتری می شود و بر عکس زراعت در بیع زمین ، و میوهٔ در بیع درخت ، و حمل در بیع حیوانات ، متعلق به مشتری نمی شود مگر این که تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود » اتخاذ اصل مذکور فوق آزادی متعاملین را محدود نکرده و آن ها می توانند همان طوری که در ماده ۳۵۷ ذکر شده است طریقهٔ دیگری اتخاذ کنند چنانکه مادهٔ۳۵۸ نیز در ذیل خود اضافه می نماید که «در هر حال طرفین عقد می توانند بعکس ترتیب فوق تراضی نمایند »

۴۴۴ — چون ممکن است دخول شیئی در مبیع عرفاً مشکوك باشد یعنی عادت مستقر معینی نباشد که بموجب آن بتوان معلوم نمود که چیزی جزء یا تابع مبیع‌محسوب میشود یا نه ، لذا در این صورت مطابق مادهٔ ۳۵۹ آن چیز « داخل در بیع نخواهدبود مگر اینکه تصریح شده باشد »

۴۴۵ — استثناء شیئی از مبیع وقتی ممکن است که آن شیئی را بتوان مستقلا فروخت و بدیهی است که اگر فروش شیئی بالاستقلال جایز و یا ممکن نباشد آنرا نمی توان از مبیع مجزی نمود چنان که در این مورد مادهٔ ۳۶۰ مقرر می دارد که « هر چیزی که فروش آن مستقلا جائز است استثناء آن از مبیع نیز جایز است .

۴۴۶ – بالاخره چون در صورتی که مبیع عین باشد باید در حال معامله موجود ومعلوم باشد لذا مطابق مادهٔ ۳۶۱ « اگر در بیع عین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است »

مبحث چهارم

در آثار بیع

۴۴۷ – هر بیعی که صحیحاً واقع شود آثاری مترتب میگردد و مطابق مادهٔ ۳۶۲ « آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد از قرار ذیل است :

۱ – بمجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن میشود .

۲ – عقد بیع بایع را ضامن درك مبیع و مشتری را ضامن درك ثمن قرار می دهد .

۳ – عقد بیع بایع را بتسلیم مبیع ملزم مینماید .

۴ – عقد بیع مشتری را بتأدیه ثمن ملزم میکند »

پس مطابق این ماده علاوه بر انتقال مالکیت مبیع به مشتری و ثمن به بایع که اثر فوری بیع است عقد بیع برای هر یك از بایع و مشتری نیز تعهدی ایجاد می کند .

تعهد بایع عبارت است اولا از تسلیم مبیع و ثانیاً ازضمانت درك آن و تعهد مشتری عبارت است اولا از تأدیه ثمن و ثانیاً از ضمانت درك آن .

فقره اول

در ملکیت مبیع

۴۴۸ – بطوری که سابقاً مذکور شد اثر فوری و نتیجه حتمی عقد بیع آن است که مشتری مالك مبیع و بایع مالك ثمن میشود و این اثر بیع در مواردی که مبیع یا ثمن عین شخصی است کاملا محسوس ولی در مواردی که هر دو یا یکی از آن ها کلی فی الذمه باشد تصور انتقال فوری مالکیت نسبت بکلی فی الذمه قدری مشکل میباشد زیرا که در بیع کلی مثلا مادام که شخص آن معین نشده است . مشتری مالك چه خواهد بود ؟ بعبارة اخری حق مالکیت او بر روی چه مملوکی محکم خواهد شد ؟ و آیاممکن

است کسی نسبت بچیز غیر معلومی ادعای مالکیت کند ؟

راست است که در تصور تحقق مالکیت نسبت بکلی فی الذمه این اشکال موجود است ولی این نکته مانع از این نیست که عقد بیع مالکیت مشتری را ایجاد نماید منتهای مراتب در بیعی که مبیع آن شخصی است مشتری مالك عین معین میگردد و در بیعی که مبیع آن کلی است مشتری مالك ما فی الذمه بایع می شود و بهمین جهة است که در صورت اولی حق مشتری حق عینی ودرصورت ثانی حق او حق ذمی یا دینی است ولی همین که فرد مبیع معین گردید این حق دینی مبدل بحق عینی میگردد .

در نتیجه همین اشکال است که در حقوق اکثر از ممالك اروپائی گفته اند که اگر مبیع عین کلی باشد مشتری مادام که فرد مبیع معین نشده است مالك آن نمی شود یعنی مالکیت او بر روی عین معینی مستحکم نمی گردد ونقط حقی بر بایع دارد که بموجب آن اورا میتواند مجبور به تعیین فرد مبیع کند و مالکیت مشتری بر مبیع وقتی تحقق پیدا میکند که فرد مبیع معین شود .

در هر حال چون اثر فوری بیع ایجاد مالکیت است برای مشتری اعم از این که این حق مالکیت بر روی عین معینی مستحکم باشد یا تسلط بر ما فی الذمه بایع . این است که وجود خیار برای متعاملین یا اجلی برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن مانع از ایجاد مالکیت نمی شود چنان که مادهٔ ۳۶۳ این معنی را تصریح کرده و مقرر می دارد که « وجود خیار برای متعاملین و یا وجود اجلی برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن مانع انتقال نمی شود »

نتیجه این ترتیب آن است که اگر بایع مفلس شود و عین مبیع در ضمن دارائی او موجود باشد چون تعلق بمشتری دارد باید عیناً با وداده شود و مشتری نباید برای وصول مبیع داخل در غرما بشود و حال آنکه اگر مبیع کلی باشد حق مشتری فقط حق ذمی بوده ومشتری باید داخل درغرما گردد چنان که همین ترتیب را قسمت اخیر مادهٔ ۳۶۳ مقرر داشته و در ذیل مادهٔ مزبوره اضافه شده است که « بنا بر این اگر ثمن یا مبیع عین معین بوده وقبل از تسلیم آن احد متعاملین مفلس شود طرف دیگر حق مطالبه آن عین را خواهد داشت » و مقصود از احد متعاملین طرفی است که مبیع یا ثمن شخصی راهنوز بطرف دیگر تسلیم نکرده باشد .

۴۴۹ ـ نتیجه دیگری که از انتقال فوری مالکیت مبیع بمشتری و ثمن

ببایع گرفته میشود و در مادهٔ ۳٦٤ مذکور است آست که اگر بیع خیاری باشد یعنی برای احد طرفین خیار فسخی موجود باشد مالکیت از حین عقد بیع است و نه از تاریخ انقضاء خیار وبنا بر این هر گاه مدت خیار منقضی گردد بدون این که طرف ازحق فسخ استفاده نموده باشد تمام ثمره و منافع مبیع ازروز عقد بیع تعلق بمشتری و تمام ثمره و منافع ثمن از همان تاریخ تعلق ببایع خواهد داشت ،و حال آنکه اگر مالکیت از تاریخ انقضاء مدت خیار محسوب میشد مشتری نسبت بمنافع مبیع ، و بایع هم نسبت بمنافع ثمن ، ازهمان روز مالك میگردید زیرا مالکیت آنها نسبت بمنافع تابع مالکیت عین مبیع یا ثمن است .

۴۵۰ ــ انتقال مالکیت اثر حتمی بیع صحیح است ، و بنا براین همانطوریکه بموجب مادهٔ ۳٦۵ مقرر است «بیع فاسد اثری در تملك ندارد» و هیچکس نمیتواند در اثر چنین بیع حق مالکیت تحصیل کند و اگر کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید مطابق مادهٔ ۳٦٦ آنرا بصاحبش رد نماید و اگر آن مال تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود .

۴۵۱ ـ در مورد فقرهٔ اول مادهٔ ۳٦۲ که بموجب آن بمجرد وقوع بیع مشتری مالك مبیع ، بایع مالك ثمن میشود ، ممکن است اشکالی تولید گردد اشکال مزبور ازقرار ذیل است :

شاید بشود تصورکرد که در بیع عین شخصی ، نتیجه طبیعی انتقال مالکیت مبیع بمشتری بمحض وقوع بیع آن باشد ، که هرگاه مبیع هنوز تسلیم نشده باشد و مشتری هم بمقام مطالبه رسمی آن نیامده باشد و بدون اهمال . و تقصیر از طرف بایع نزد او تلف شود ، باید تلف از مال مشتری بوده و مشار الیه ثمن را اگر تادیه نکرده است تادیه کند و اگر تادیه کرده باشد دیگر نباید حق استرداد آن را داشته باشد . زیرا که دراین صورت اگرچه بایع ازحیث ضمان مسئولیتی ندارد ، معذلك مسئولیت اورا برای نگاهداری مبیع نمی توان بیش از مسئولیت امین برای نگاهداری مال امانت فرض نمود ، و همان طور که اگر مال ودیعه نزد امین بدون تقصیر او تلف شود تلف از مال امانت گذار خواهد بود ، همان طور نیز اگر مبیع بدون تقصیر از طرف بایع در نزد او تلف شود باید تلف از مال مشتری باشد و نه از مال بایع .

بر خلاف تصور و استدلال فوق که شاید ظاهراً قوی بنظر می آید ماده ۳۸۷ مقرر داشته است که «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید بمشتری مسترد گردد »

حال لازم است ببینیم که حکم مندرج در ماده مذکور را بچه اساس ممکن است مبتنی نمود . بعبارة اخری مطابق چه فلسفه و منطقی ممکن است ضرر ناشی از تلف شدن مبیع را قبل از تسلیم ، ببایع تحمیل کرده و او را مجبور نمود که ثمن را بمشتری رد نماید ، در صورتیکه مبیع مال مشتری بوده و از طرف بایع هم بهیچوجه اهمال و تقصیری که موجب تلف باشد واقع نشده است .

راست است که ماده ۳۸۷ بهیچوجه بایع را ضامن مبیع قرار نداده و مسئولیت او را مبتنی بر ضمان نکرده است و رد ثمن در نتیجه انفساخ بیع ، باو تحمیل میشود ؛ معذلك چون نتیجتاً بایع باید متحمل خسارات ناشی از تلف مبیع گردد ، لذا باید برای این انفساخ علتی ملحوظ شود، و ظاهراً علت این ترتیب آن است که :

اولا در نتیجه بیع بایع ملزم بتسلیم مبیع میشود و مشتری ملزم بتادیه ثمن چنانکه این موضوع در فقره ۳ و ٤ ماده ۳۶۲ کاملا تصریح شده است ، و بطوری که در ضمن مطالب راجعه بعقود بطور کلی مذکور شد ، در هر معاملهٔ که برای طرفین ایجاد تعهد میشود سبب تعهد یك طرف تعهد طرف دیگر است ؛ بنا بر این سبب التزام بایع بتسلیم مبیع ، همان التزام مشتری است تادیه ثمن؛ چنان‌که سبب‌التزام مشتری بتادیه ثمن ، همان التزام بایع است بتسلیم مبیع ، بعبارة اخری بین هر یك از تعهداتی که در نتیجه عقد بیع برای بایع و مشتری حاصل می شود همان رابطهٔ موجود است که بین علت و معلول موجود می باشد . پس اگر بنحوی از انحاء احد طرفین نتواند بدون تقصیر از ناحیه طرف دیگر و بدون تقصیر از ناحیه خود تعهد خود را بموقع اجرا بگذارد . طرف دیگر هم بواسطه این که سبب تعهد او از بین رفته است باید از انجام تعهد خود معاف باشد .

ثانیاً حکم مزبور در ماده ۳۸۷ موجب آن می شود که دیگر بایع در تسلیم مبیع تسامح نکرده و آن را هر چه زود تر بمشتری که مالك آن است بدهد ، و بهمین جهت است که ماده مزبوره در قسمت اخیر خود اضافه نموده است «مگر اینکه بایع

برای تسلیم بحاکم یا قائم مقام او رجوع ننموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود . »

پس اگر بایع در تسلیم مبیع تسامح ننموده ، و با وجود امتناع مشتری از قبض ، بحاکم یا قائم مقام حاکم رجوع بنماید دیگر بر بایع حرجی نبوده و خود مشتری باید خسارت ناشی از تلف مبیع را متحمل گردد .

این دلیل اخیر اگر چه ظاهراً محکم و موافق مصالح عامه بنظر می رسد . ولی اگر برای حکم مندرج در مادهٔ ۳۸۷ دلیل متقن فرض شود باید در موردی نیز اجرا گردد که ثمن قبل از تادیه در نزد مشتری تلف شده باشد و حال آن که در این مورد حکم مزبور اتخاذ نشده است و هر گاه ثمن قبل از تادیه بدون اهمال و تقصیر مشتری در نزد مشتری تلف گردد . خسارات ناشی از تلف شدن آن متوجه ببایع خواهد بود که مالك آن است و نه متوجه بمشتری .

در هرحال برای این که حکم مادهٔ ۳۸۷ مورد اجرا پیدا کند ، باید مبیع‌عین شخصی باشد و الا اگر مبیع عین کلی باشد برای آن نمیتوان تانفی قائل گردید و شاید بهمین ملاحظه است که در صورت تلف شدن ثمن نزد مشتری حکم مادهٔ ۳۸۷ اتخاذ نگردیده است . زیرا که ثمن غالباً عبارت از وجه نقد یعنی عین کلی فی‌الذمه است و امروز عین شخصی بودن ثمن فوق العاده نادر و بالنتیجه کالمعدوم است و دیگر لازم نبود که برای‌امر بااین ندرت حکم خاص معین گردد .

فقره دوم

درتسلیم‌مبیع

۴۵۲ ــ مادهٔ ۳۶۷ تسلیم و قبض را تعریف مینماید و مطابق این مادهٔ « تسلیم عبارت است از دادن مبیع بتصرف مشتری بنحوی که متمکن از انحاء تصرفات وانتفاعات باشد » پس بموجب این تعریف معلوم می شود که‌تسلیم مبیع به‌دادن آن‌بصرف تصرف مشتری حاصل نمی شود بلکه تصرف مشتری در آن باید طوری باشد که مشار الیه متمکن از انحاء تصرفات‌و انتفاعات‌باشدو بنابراین اگر بایع مبیع را بصرف‌تصرف‌مشتری بدهد ودیگری‌درعین حال‌مزاحم‌مشتری‌باشدتسلیم بعمل‌نخواهدآمد . برعکس اگرمشتری‌بتواند درمبیع انحاءتصرفات‌بنماید

بدون این که احدی مانع او گردد ، تسلیم بعمل آمده محسوب است ولو این که مبیع حقیقتاً و عملا در ید مشتری نباشد ، چنانکه همین معنی را ماده ۳۶۸ تصریح کرده و مقرر میدارد « تسلیم مبیع وقتی حاصل میشود که مبیع در تحت اختیار مشتری گذاشته شود اگرچه مشتری آنرا هنوز عملا تصرف نکرده باشد »

« قبض عبارت است از استیلاء مشتری بر مبیع » پس قبض نقطه مقابل تسلیم است ، ولی در صورتیکه از نقطه نظر مشتری ملحوظ گردد ، و همانطور که نسبت به تسلیم مذکور شد ، قبض وقتی حاصل می شود که استیلاء مشتری بر مبیع حقیقتاً به عمل آمده باشد اگرچه مبیع عملا در تصرف او نباشد .

۴۵۳ ـ طرز تسلیم ممکن است باختلاف مبیع به کیفیات مختلفه باشد، یعنی برای هر قسم مبیع طرز تسلیم مخصوصی موجود باشد ؛ و بدیهی است که اگر قانون میخواست برای هرقسم مبیع طرز تسلیم آن را هم معین کند، نه فقط موفق نمی شد ، بلکه‌ممکن بود که عملا تولید اشکال هم بنماید ، بنابر این از تشخیص طرز های مختلف تسلیم احتراز کرده و بطور کلی آن را واگذار بعرف نموده است ، چنان که ماده ۳۶۹ در این موضوع مقرر میدارد که « تسلیم باختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است و باید بنحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند » پس تشخیص این که آیا تسلیم واقع شده یا نشده است باعرف می باشد ، و محاکم باید برای تشخیص موضوع عرف و عادت را در نظر بگیرند مثلا در بیع اموال غیر منقول غالباً تسلیم بدادن کلید حاصل میشود اگر مبیع‌خانه یادکان خالی و امثال آن باشد ، و یاباخطار بمستاجر به عمل می آید اگر مورد انتقال به اجاره داده شده باشد ، و همچنین در بیع اموال منقوله تسلیم عادتاً بدادن بتصرف‌واقعی مشتری یا قائم مقام او بعمل میاید وقس علیهذا .

۴۵۴ ـ بطوری که سابقاً مذکور شد بیع شیئی که بایع قدرت برتسلیم آن ندارد باطل است‌ولی هرگاه برای تسلیم مبیع بین‌طرفین موعدی قرار داده شده باشد مطابق ماده ۳۷۰ « قدرت بر تسلیم در آن موعد شرط است نه در زمان عقد » زیرا که در این‌صورت مقصود طرفین بـه عمل آمده و در موعدی که برای تسلیم معین شده مشتری مستولی بر مبیع می گردد . و برعکس اگر بایع در موعد تسلیم نتواند مبیع را بقبض مشتری‌بدهد بیع باطل خواهد بود و در تعقیب همین نظریه است که ماده ۳۷۱ مقرر میدارد که «در

بیعی که موقوف باجازه مالك است قدرت بر تسلیم در زمان اجازه معتبر است » و ماده ۳۷۲ مقرر میدارد که « اگر نسبت به بعض مبیع بایع قدرت بر تسلیم داشته باشد و نسبت به بعض دیگر نداشته باشد بیع نسبت ببعضی که قدرت بر تسلیم داشته صحیح است و نسبت ببعض دیگر باطل است » ولی بدیهی است که نسبت بان بعض هم که بیع صحیح است مشتری بعنوان تبعض صفقه حق فسخ خواهد داشت .

٤٥٥ – پس از کلیه مراتب فوق معلوم میشود که تسلیم مبیع و تادیه‌ثمن اهمیت خاص داشته و هر یك از بایع و مشتری باید در تسلیم و تادیه آن اهتمام کنند وبدیهی است که اگر مبیع قبلا در تصرف مشتری بوده باشد و یاثمن در تصرف بایع . دیگر این الزام مورد نخواهد داشت و مطابق ماده ۳۷۳ « محتاج بقبض جدید نیست »

٤٥٦ – پس از وقوع بیع بنحو صحت مبیع مال مشتری میشود . و بنا بر این مشتری مجبور نیست که برای قبض آن از بایع استجازه کند زیرا که مبیع مال خوداواست و اگر برای تسلیم موعدی مقرر و شرط نشده باشد و مشتری برای رعایت آن شرط مجبور نباشد که از قبض مبیع خود داری نماید میتواند خود مستقیماً مبیع را تصرف کند همین معنی در ماده ۳۷٤ تصریح شده و مطابق آن « در حصول قبض اذن بایع شرط نیست و مشتری میتواند مبیع را بدون اذن قبض کند » و چنانکه مذکور شد بدیهی‌است که این اختیار در صورتی است که برای تسلیم موعدی مقرر نشده باشد .

٤٥۷ – حال باید ببینیم‌که مبیع در کجا باید تسلیم شود مطابق ماده ۳۷۵ « مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقدبیع درآنجاواقع شده‌است مگر این‌که عرف‌وعادت مقتضی‌تسلیم در محل دیگر باشد و یادر ضمن بیع محل مخصوصی برای تسلیم معین شده باشد» پس مطابق این ماده مبیع باید در محلی تسلیم شود که طرفین در ضمن بیع معین نموده اند واگر طرفین دراین موضوع قید مخصوصی نکرده باشند مبیع باید در محل وقوع عقد تسلیم شود مگر اینکه عرف وعادت تسلیم آنرا در محل دیگر اقتضا نماید .

٤٥۸ – مبیع باید در موقعی که بین طرفین مقرر است بمشتری تسلیم شودو اگر بین طرفین موعدی مقرر نشده باشد مبیع باید فوراً تسلیم گردد چنانکه در اینموضوع قسمت اخیر ماده ۳۷۷ مقرر می داردکه « هریك ازمبیع یا ثمن‌که حال باشد باید تسلیم‌شود » و اگر بایع از تسلیم مبیع یا مشتری از تسلیم ثمن امتناع کند باید اجبار گردد که التزام

خودرا انجام دهد چنانکه مادهٔ ۳۷۶ صراحتاً مقرر میدارد که « درصورت تاخیر در تسلیم مبیع یا ثمن ممتنع اجبار میشود » و بعلاوه مشتری نمیتواند از بایع تقاضای تسلیم مبیع را بنماید ؛ و همچنین بایع نمیتواند از مشتری تقاضای تادیه ثمن را بکند مگر وقتیکه خود او برای انجام تعهد خود حاضر باشد و بهمین جهت است که مادهٔ ۳۷۷ بهریك از آنها درصورت حاضر نبودن طرف برای انجام تعهد خود حق میدهد که ازتسلیم مبیع ویا تادیه ثمن خود داری نماید تاطرف دیگر حاضر بتسلیم شود مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد که در این صورت هرکدام که حال باشد باید تسلیم کردد .

۴۵۹ ـ حق‌خودداری از تسلیم راکه به بایع یامشتری دادهٔ میشود دراصطلاح حقوقی حق حبس میگویند و بنا بر این‌کنته میشودکه بایع مثلا حق حبس مبیع را دارد تا موقعیکه مشتری حاضر برای تادیه ثمن باشد ؛ و این حق مبتنی برمعدلت و انصاف‌است که بموجب آن نباید بیکی از طرفین حق دادهٔ شود که انجام تعهد طرف را تقاضانماید بدون اینکه خود برای انجام تعهدی که از همان عقد برای او حاصل شدهٔ است حاضر بشود . پس برای اینکه مشتری مثلا بتواند بایع را مجبور بتسلیم مبیع‌کند ، خود او باید برای تادیه تمام ثمن حاضر باشد . اکرچه در مادهٔ ۳۷۷این نکته تصریح نشدهٔ است‌ولی بدیهی است وقتی میتوان کفت که مشتری حاضر بتادیه ثمن است که حاضر بتادیه تمام ثمن باشد ، زیراکه تادیه فقط مقداری از ثمن مقرر بین طرفین تادیه حقیقی نیست .

حق حبس بایع در دو مورد از بین میرود :

اول ـ در موردیکه بایع بمیل خود مبیع را قبل از اخذ ثمن بمشتری‌تسلیم‌نماید . چه در اینصورت بدیهی است که با تسلیم مبیع، از حق حبس صرف نظر کردهٔ و دیگر نمیتواند باستناد تاخیر تادیه ثمن مبیع را مسترد نماید ، معذلك میتواند در موردخیار معامله را فسخ و مبیع را پس بگیرد ، چنانکه در این موضوع مادهٔ ۳۷۸ مقرر میدارد « اکر بایع قبل از اخذ ثمن مبیع را بمیل خود تسلیم مشتری نماید حق استرداد آنرانخواهد داشت مگر بموجب فسخ در مورد خیار »

دوم ـ در موردیکه برای تادیه ثمن یا تسلیم مبیع موعدی مقرر شدهٔ باشد که‌در این صورت متصرف هریك از مبیع وثمن که برای آن موعدی مقرر است حق حبس نخواهد داشت چه در این مورد بایع باراضی شدن باینکه ثمن در موعد معین پرداخته

شود و یا مشتری با رضای به آنکه مبیع بعد از مدتی تسلیم گردد ضمناً از حق حبس صرف نظر کرده است ودیگر بایع نمیتواند ازتسلیم مبیع تاموقع تادیه ثمن ، ومشتری ازتسلیم ثمن تا موقع قبض مبیع خود داری کند

۴۶۰ - باوجود مراتب فوق اگر برای‌تادیه ثمن موعدی مقرر شده باشد ولی‌مشتری قبل از تادیه مفلس شود بایع بر خلاف آنچه که فوقاً مذکور شد . یعنی با وجود بودن موعد برای تادیه ثمن . حق خواهد داشت که مبیع را حبس نماید . واگر بدون اخذ ثمن تسلیم کرده باشد وعین آن موجود باشد میتواند آن را استرداد کند چنانکه ماده ۳۸۰ مقرر میداردکه « هرگاه مشتری مفلس شود وعین مبیع نزد او موجود باشدبایع حق استرداد آنرا دارد و.اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد میتواند از تسلیم آن امتناع کند »

۴۶۱ - مطابق ماده ۳۸۱ « مخارج تسلیم مبیع از قبیل اجرت نقل آن‌بمحل تسلیم و اجرت شمردن ووزن کردن و غیره بعهده‌بایع است مخارج تسلیم ثمن برمشتری است » ولی مطابق ماده ۳۸۲ « هرگاه عرف و عادت از بابت مخارج معامله یا محل تسلیم برخلاف ترتیبی باشد که ذکر شد ویا در عقد برخلاف آن شرط شده باشد باید برطبق متعارف یا مشروط در عقد رفتار شود و همچنین متبایعین میتوانند آنرا بتراضی تغییر دهند »

قبل از توضیح مطالب مندرجه در دوماده فوق باید باین نکته تذکر داده شودکه دراین دو ماده مخارج تسلیم با مخارج معامله مخلوط گشته وفرقی که بین این دو مخارج موجود است بیان نشده و حال آنکه مخارج معامله‌غیر از مخارج تسلیم است مثلا مخارج تسلیم از همان قبیل است که‌در ماده ۳۸۱ ذکر شده از قبیل اجرت شمردن‌و غیره ،ولی‌مخارج معامله عبارتست از پولی که بمحرر برای تنظیم سند داده میشود و یاپولی که باداره‌ثبت اسناد برای ثبت معامله داده میشود و امثال آن - در هرحال مطابق مواد فوق مخارج اعم از اینکه راجع بتسلیم باشد و یا راجع بمعامله به عهده بایع است مگر اینکه مطابق قرار داد بین طرفین و یا موافق عرف و عادت برای مخارج مزبوره ترتیب دیگری مقررشده باشد ، مثل اینکه طرفین قرار بگذارند که کلیه مخارج‌را باید مشتری‌متحمل شودو یابیك مقدار یانسبت معینی‌طرفین متحمل گردند.

۴۶۲ - بایع که مبیعرا تسلیم میکند باید کلیه آنچیزیرا که داخل در بیع استو مطابق ماده ۳۵۶ معین گردیده است بمشتری بدهد، و همین نظریه است که بموجب ماده ۳۸۳ بطریق ذیل بیان گردیده: « تسلیم باید شامل آنچیزی باشد که از اجزاء و توابع مبیع شمرده میشود.» ولی باید باین عبارت افزوده گردد که « از بیع هم صراحتاً خارج نشده باشد.» معذلك ممکن است در حین تسلیممبیع مقدارآن کمتر یا بیشتر از اندازهٔ باشد که بین طرفین شرط یا معین شده‌بوده، دراین صورت باید مطابق ماده ۳۵۵ ومواد ۳۸۴ الی ۳۸۶ رفتار شود.

۴۶۳ـ ماده ۳۵۵ راجع بموردی است‌که ملکی بشرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و انحصار آن بملك مانع ازاین نیست که‌حکم مندرج در ماده مزبورد درمورد سایر اشیاء نیز اجرا گردد. در هر حال این ماده فرض میکند که مقدار مبیع بعنوان وصف معین گشته است بنحویکه اگر مشتری میدانست که مبیع کمتر از مقدار مشروط است ـ حاضر بخریداری نمی‌گشت، و بهمین جهت است که مقرر میدارد « اگر ملکی به شرط داشتن‌مساحت‌معین فروخته شده باشد وبعد معلوم شود که کمتراز آن مقدار است مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت و اگر معلوم باشد که بیشتر است بایع میتواند آنرا فسخ کند مگر اینکه در هر دو صورت طرفین به محاسبه زیاده یا نقیصه تراضی نمایند»

پس بموجب این ماده هرگاه مبیع کمتراز مقدار مشروط بین طرفین باشد مشتری حق خواهد داشت، که بیعرا فسخ کند و این همان خیار تخلف وصف است که در ضمن خیارات مذکور خواهد شد. و بر عکس اگر ملك بیش از مقدار معین باشدبایع‌حق فسخ را خواهد داشت و در هر حال اعم از اینکه مورد معامله بیشتریا کمتر از مقدار معین باشد طرفین میتوانند بمحاسبه زیاده یا نقصیه تراضی کنند ، مثلا اگر زمینی فروخته شود بشرط داشتن یکهزار گز مربع و در موقع تعیین مساحت معلوم گردد که فقط نهصد گز مربع است ، در این صورت مشتری میتواند بیعرا فسخ کند یا در موضوع کسر مساحت‌با بایع تراضی گردد و بنسبت مقدار کم ، از ثمن کسر نماید ، ولی بدیهی است که هیچ‌چیزی مشتریرا از داشتن حق قبول مبیع در حالی که موجود است، با تأدیه تمام ثمن مقرر محروم نمینماید . و بر عکس اگر مبیع بیشتراز مقدار مشروط‌باشد در اینصورت بایع حق فسخ خواهد داشت واگر فسخ نکرد یابابد مقدار زیادیرا خودبردارد ، ویا بامشتری تراضی کند

باینکه با تأدیه اضافه قیمتی آن مقدارزیادیرا هم بهمشتری واگذار کند .

٤٦٤ - چون در مورد اشیائی که تجزیه آن بدون ضرر ممکن نمیشود اجراء حکم فوق غیر مقدور خواهد بود ، و الا باید احد متعاملین ضرر عمدهٔ را متحمل گردد ، لذا مادهٔ ۳۸۵ مقرر میدارد که « اگر مبیع از قبیل خانه یافرش باشد که تجزیه آن بدون ضرر ممکن نمیشود ، و بشرط بودن مقدار معین فروخته شده ولی در حین تسلیم کمتر یا بیشتر در آید ، در صورت اولی مشتری و در صورت دوم بایع حق فسخ خواهد داشت »

پس بموجب این مادهٔ اگر کسی مثلا فرشی بخرد بشرط اینکه سه ذرع در پنج ذرع باشد ، و بعد معلوم شود که کمتر یا بیشتر از این اندازه است ، در صورت کم بودن مشتری ، و در صورت زیاد بودن بایع حق فسخ خواهد داشت و اگر بایع در اینصورت فسخ ننماید حق مطالبه قیمت زیادی را نخواهد داشت . این حکم در ظاهر صحیح و بموقع است ولی معلوم نیست که بچه علت مشتری نباید در صورت زیاد بودن مقدار مبیع حق فسخ داشته باشد ، و حال آنکه ممکن است که مقصود مشتری داشتن یك فرش سه ذرع در پنج ذرع بوده ، و فرش دیگری ، اگر چه بزرگتر هم باشد رفع حاجت اورا نکرده و بر خلاف مقصود او خواهد بود و این خود مهمترین دلیل است بر اینکه در صورت زیاده بودن مقدار مبیع هم ، مشتری حق فسخ داشته باشد . این ایراد ظاهراً وارد ولی حقیقتاً غیر وارد است زیرا که گرچه ماده مزبوره فوق بعنوان اینکه مقدار مبیع زیاده بر مقدار مشروط است بمشتری حق فسخ نمیدهد ، ولی حق فسخ مشتری من حیث تخلف غرض بجای خود باقیست . توضیح آنکه هر معامله اعم از بیع وغیره باید موافق مقصود وغرض طرفین واقع گردد واگر معامله برخلاف غرضیکه متعاملین یا یکی از آنها ازانعقاد آن داشته است واقع بشود ، طرفی که معامله بر خلاف مقصود او واقع شده است میتواند بعنوان تخلف غرض فسخ آن را بخواهد . راست است که این حق فسخ جزء خیارات ذکر نشده است یعنی در ضمن خیارات حق فسخی که بعنوان خیارتخلف غرض باشد تصریح نشده است ، ولی چون همیشه ویا لااقل غالباً این خیار با خیار تخلف شرط و یا با خیار عیب و یا باخیار تخلف وصف مخلوط میشود لذا احتیاج بذکر علیحده نبود . مثلا مادهٔ ٤٧٧ راجع بتعهدات موجر مقرر میدارد که « موجر باید عین مستأجره را در حالتی تسلیم کند که مستأجر بتواند استفادهٔ مطلوبه از آن را بکند » یعنی مقصود و

غرضی را که از عقد اجاره داشته است حاصل نماید . وماده بعد که حکم تخلف از ماده قبل را معین مینماید خیار موجر را بخیار عیب تعبیر می نماید و حال آنکه واقعاً خیارتخلف غرض میباشد ، و بعلاوه در موردی هم که خیارتخلف غرض با هیچیك از خیارات معنون منطبق نگردد قاعده لاضرر برای متضرر ایجاد حق فسخ خواهد نمود ،

۴۶۵ ــ ماده ۳۸۴ ناظر بموردی است که مقدار مبیع به عنوان وصف بین طرفین شرط نشده باشد مثلا اگر کسی یك انبار هیزم را که اظهار می دارد یك صد خروار است از قرار خرواری پنج تومان بفروشد ، در این صورت قصد بایع نه این بوده است که یکصدخروار هیزم بفروشد بلکه قصد او این بوده است که قیمت هرخروار به پنجتومان معین گردد قطع نظر از مقداری که ممکن است باشد ، ولی برعکس قصد مشتری نه فقط آن بوده است که هیزم را از قرار خرواری پنجتومان بخرد بلکه شاید میخواسته است که یکصدخروار هم یکجا بخرد بنابر این اگر مبیع در وقت تسلیم کمتر از مقدار معین در آید مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند ویا قیمتی را که بقسمت موجود تعلق میگیرد پرداخته وهمان قسمت را ابتیاع کند و بر عکس اگر مبیع زیاده بر مقدار معین در آید زیادتی مال بایع خواهد بود . علت اینکه فقط بمشتری حق داده شده است که معامله را فسخ کند یا همان قسمت موجود را با تأدیه قیمت نسبی آن قبول کند ، این است که در این مورد باید مشتری خود تشخیص دهد که مقصود عمده او از معامله فقط خریدن هیزم از قرار پنجتومان بوده ویا خریدن یکصد خروار تمام هم منظور اصلی او بوده است ، درصورت اولی معامله برخلاف قصد او نشده و می تواند مقدار موجود را قبول نماید ، و در صورت دوم چون تمام آن چیزی را که قصد کرده بود بخرد مالك نمی شود ، لذابه عنوان تبعض صفقه حق فسخ خواهد داشت .

۴۶۶ ــ در هر حال واعم ازاینکه مقدار مبیع بعنوان وصف معین شده ومبیع بشرط داشتن آنمقدار فروخته شود و اعم از اینکه مقدار مبیع بعنوان وصف معین نگشته و مورد مشمول ماده ۳۸۴ باشد هرگاه معامله فسخ شود بایع باید علاوه بر ثمن مخارج معامله و مصارف متعارف را که مشتری نموده است بدهد (ماده ۳۸۶) چه در این صورت بمشتری که در نتیجه تعریف و توصیف غلط یا اشتباهی بایع متضرر شده است ، نمیتوان ضرری تحمیل نمود ، و این ضرر ببایع که مسبب آن بوده است باید تحمیل شود .

٤٦٧ ـ حکم تلف شدن مبیع را قبل از تسلیم که بموجب مادهٔ ۳۸۷ مقرر شده است سابقاً ذکر نمودهٔ و اشکالاتی را هم که ممکن بود تصور شود بیان کردیم ونسبت بموردی که قبل از تسلیم در مبیع نقص حاصل شود ماده ۳۸۸ مقرر میدارد که‌مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت . در این مورد نیز همان اشکال سابق موجود است چه اگر بمحض وقوع عقد بیع مشتری مالک مبیع میگردد چگونه ممکن است باو حق دادهٔ شود که در صورت حصول نقص در مبیع قبل از تسلیم و بدون هیچ تقصیری از ناحیه بایع معامله را فسخ کند بعبارة اخری چگونه ممکن است کسر قیمت حادث در مال یکنفر را که بدون تقصیر غیر حاصل شده است بیکنفر دیگر تحمیل نمود؟

این اشکال هم باید مثل اشکال ناشی از مادهٔ ۳۸۷ حل شود، یعنی باید اینطور استدلال گردد که راست است مطابق عقد بیع مشتری مالک مبیع شدهٔ ولی چون‌مطابق همان عقد بایع ملتزم گشته است که مبیع‌را بدون عیب بقبض مشتری بدهد، ودرصورت حدوث نقص قبل از تسلیم برای بایع انجام این تعهد غیر مقدور است ، لذا مشتری هم نباید تعهد خودرا که عبارت از تسلیم ثمن است انجام دهد و اگر ثمن را دادهٔ باشد میتواند با فسخ معامله آنرا استرداد کند . ولی مسلم است که خواه در صورت تلف شدن مبیع و خواه در صورت حدوث نقص در آن اگر تلف یا نقص از عمل خود مشتری ناشی بشود حقی بر بایع نداشته وباید ثمن مقرر بین طرفین را بدهد چنانکه مادهٔ ۳۸۹ همین حکمرا صراحتاً مقرر میدارد .

فقره سوم

در ضمان درك

٤٦٨ ـ بطوریکه فوقاً مذکور شد مطابق فقرهٔ دوم مادهٔ ۳٦۲ « عقد بیع بایع را ضامن درك مبیع و مشتریرا ضامن درك‌ثمن قرار میدهد »

بمعنی لغوی درك بدل را میگویند و وقتی که گفته میشود بایع ضامن درك‌مبیع است یعنی هرگاه مبیع مستحق للغیر درآمد و از ید مشتری خلع شد بایع باید بدل‌آنرا بدهد . در اصطلاح کلمه درك معنی وسیعتری داشته و بجای فساد هم استعمال شده‌است.

در هر حال ضمانت درك بایع را میتوان بمنزلـه امتداد التزام او راجع بتسلیم

مبیع تصور نمود ، چه بایع فقط ملتزم نیست که مبیع را بتصرف مشتری بدهد بلکه باید بعد از تسلیم مبیع هم باقی ماندن آنرا در تصرف مشتری تضمین کند؛ وبهمین جهت است که ماده ۳۹۰ مقرر میدارد که « اگر بعد از قبض ثمن مبیع کلا یا جزءاً مستحق للغیر در آید بایع ضامن است اگر چه تصریح بضمان نشده باشد »

اگر چه ماده مزبور ضمان بایع را محدود بموردی مینماید که مبیع کلا یا جزءاً مستحق للغیر در آید ، ولی بدیهی است که بایع همان ضمانرا در صورتی هم دارد که مبیع معیوب باشد منتهای مراتب موارد عیب بمشتری خیار فسخ میدهد وبهمین جهت جزو خیارات مذکور شده است.

ضمانت درك بایع ضمانی است که بحکم قانون موجود و بنا براین محتاج بتصریح نیست . یعنی برای اینکه بایع ضامن درك مبیع باشد، لازم نیست که این ضمانت در جزو عقد بیع تصریح بشود ، بلکه ضمانت درك از طبیعت بیع بوده و موجود خواهد بود ، ولو اینکه تصریح نشده باشد ، چنانکه قسمت اخیر ماده ۳۹۰ میگوید که « بایع ضامن است اگر چه تصریح بضمان نشده باشد. » دراین مورد خود قانون جایگیر اراده احتمالی طرفین شده و تعهدیرا که طرفین در نظر داشته اند بموجب عقد بیع ایجاد کنند معین مینماید ، ولی اگر قانون اراده احتمالی طرفین را قبلا معین میکند تصمیم خودرا بطرفین تحمیل نکرده و آزادی را که متبایعین برای تعیین حدود ضمان دارند سلب نمیکند، وبنا براین متبایعین میتوانند بموجب توافق مخصوص و تصریح خاصی حدود ضمانی را که قانون برای بایع ایجاد کرده است وسیعتر یا تنك تر نموده ویالااقل تا حدی ضمان بایعرا ازبین ببرند ، در اینصورت ضمان بایع ضمان قانونی نبوده بلکه التزام عهدی خواهد بود یعنی ضمانی که حدود آن درنتیجه قرارداد بین طرفین معین شده باشد. توضیح آنکه متبایعین میتوانند تراضی کنند براینکه اگر مبیع مستحق للغیر درآمد بایع علاوه بر رد ثمن مبلغ معینی هم دادنی باشد ، در اینصورت بحدود ضمانت درك که قانون بموجب ماده ۳۹۱ معین کرده است توسعه داده میشود، ویا برعکس متبایعین میتوانند تراضی کنند بر اینکه بایع فقط در مدت محدود ومعینی ضامن درك مبیع خواهد بود در اینصورت حدود ضمانت درك که بموجب قانون معین‌است تضییق میشود.

در موضوع اینکه آیا بایع میتواند ضمان درك را بکلی ازخود سلب کند یانه ،

ممکن است تولید اختلاف شود ، چه از یك طرف، آزادی طرفین در تعیین شرایطمعامله باید بانها حق بدهد که در صورت تراضی ضمان درك را قطعاً و بطور مطلق از بایع سلب کنند ، وهمانطورکه آنها میتوانند بارضایت یکدیگر حدود ضمان بایع را توسعه دهند و یا تضیق نمایند . پس باید بتوانند آنرا بکلی از بین ببرند . و از طرف دیگرضمان درك از طبیعت عقد بیع است و بنا بر این طرفین نباید بتوانند آنرا بنحو مطلق از بین ببرند .

اشکال فوق را میتوان به طریق ذیل حل نمود که از عقد بیع بر بایع دو قسم ضمان درك نسبت بهمبیع تولید می شود: یکی ضمان مطلق و وسیع، و آن عبارت است از اینکه اگر مبیع بنحوی از انحاء مستحق للغیر در آید بایع ضامن خواهد بود اعم از اینکه فساد ظاهر در آن مستند بعمل خود بایع باشد و یا مستند به عمل ایادی سابق بر او، و دیگری ضمان مقید و محدود وآن عبارتستازاینکه بایع فقط ضامن فسادی باشد که از ناحیه خود او تولید و مستند بعمل او باشد . ضمان از قسم اول قابل تحدید است و بایع میتواند شرط کند که مسئول فساد مستند به ایادی سابقه بر خود نخواهد بود، ولی ضمان از قسم دوم از طبیعت عقدبیع بوده وقابل تحدید نمیباشد وبنابراین بایع نمیتواند ضمان مزبور را از خود سلب کند ، و اگر چنین شرطی در عقد بیعشدهباشد در حکم شرط بر خلاف مقتضای عقد خواهد بود . وشاید بتوان گفت که این ترتیب باید درصورتیهم مرعی گردد که فساد مستند بعملایادی سابقه بوده ولی بایع در حین بیع عالم به آن بوده‌است . چه دراین صورت اگربایع نسبت به فسادی کهمستند به عمل غیر است ازخود سلب ضمان کرده باشد مثل این است که مرتکب غش و تدلیس شده و اگر بیع را هم نتوان به اعتبار اینکه متضمن شرط بر خلاف مقتضای عقد است باطل نمود لااقل مشتری خواهد توانست که دراثر خیار تدلیس به بایع رجوع نماید .

۴۶۹ ــ در هر حال مطابق ماده ۳۹۱ « در صورت مستحق للغیر بر آمدن کل یا بعض از مبیع بایع باید ثمن مبیعرا مسترد دارد و در صورت جهل مشتری بوجود فساد بایع باید از عهدهٔ غرامات واردهٔ بر مشتری نیز بر آید . »

مفاد مادهٔ مزبور فوق خالیاز اشکال نیست چه اولا مطابق قسمت اول آن ، « درصورت مستحق للغیر بر آمدن کل یا بعض از مبیع بایع باید ثمن مبیع را مسترد

دارد » و حال آنکه اگر فقط جزئی ازمبیع‌مستحق‌للغیر برآید بایع ملزم به استرداد تمام ثمن نخواهد بود بلکه‌بایع‌باید ازتمام ثمن به نسبت جزئی که مستحق للغیر بر آمده است مسترد دارد . پس این قسمت از مادهٔ ۳۹۱ فی حد ذاته ناقص است ولی خوش بختانه مادهٔ ۳۹۲ این نقص را مرتفع نموده است چه مطابق ماده مزبوره بایع باید در صورت مستحق للغیر بر آمدن کل یا بعض مبیع » از عهدهٔ تمام ثمنی که اخذ نموده است نسبت بکل یا بعض بر آید »

اشکال دیگر آنست که از مفهوم مخالف قسمت دوم مادهٔ ۳۹۱ معلوم میشود که اگر مشتری عالم بوجود فساد باشد حق دارد که برای استرداد ثمن به بایع رجوع کند منتهای مراتب حق رجوع برای غرامات واردهٔ را نخواهد داشت و حال آنکه قائل شدن حق رجوع برای استرداد ثمن نیز در این مورد خالی از اشکال بنظر نمیرسد . چه مشتری که در حین معامله عالم بوجود فساد درمبیع بوده وبا وجود این وبدون اینکه رفع فساد را ضمن معامله شرط کرده باشد حاضر بخریدن مبیع شده است ، نسبت به ثمن قائل به تسلیط مجانی گشته‌و دراین صورت چه گونه ممکن است که حق رجوع به بایع را داشته‌باشد.

اشکال فوق را باین طریق میتوان حل نمود که برای قبول اصل تسلیط‌مجانی عالم بودن مشتری بفساد مبیع کافی نمیباشد ، زیرا که قانون بایع را ضامن درك قرار داده و راست است که مشتری با علم بفساد ، معامله را واقع ساخته ، ولی مشتری اعتمادبحکم قانون کرده و قید رفع فساد را هم باعتبار همان حکم لازم ندیده است ، و بنابراین‌حق رجوع مشتری به بایع برای استردادثمن وقتی باید سلب گردد که در وجود تسلیط مجانی تردید نباشد وآن فقط در صورتی خواهد بود که مشتری باعلم بفساد مستند بعمل غیر، در عقد بیع شرط عدم ضمان بایع‌راهم‌قبول نموده باشد .

پس مجمل انکه درصورت بروز فساد مشتری جاهل بوجود آن حق دارد که هم برای ثمن‌وهم برای غرامات وارده برخود به بایع رجوع کند و مشتری عالم فقط حق رجوع برای ثمن را دارد.

۴۷۰ ـ بطوریکه فوقاً مذکور شد بایع باید در صورت بروز فساد نسبت بکل یا بعض مبیع ازعهدهٔ تمام ثمنی که اخذ کرده است نسبت بهمان کل یا بعض برآید و مادهٔ ۳۹۲ که متضمن این حکم است اضافه مینماید که « اگرچه بعد از عقد بیع بعلتی ازعلل

درمبیع کسرقیمتی حاصل شده باشد» ازاطلاق عبارات این قسمت ازماده مزبور ومخصوصاً از جمله «بعلتی ازعلل» چنین مستفاد میشود که مشتری باختلاف موارد مستحق استرداد تمام یا قسمتی از ثمن است اگرچه در مبیع کسر قیمتی حاصل شده باشد و گرچه این کسر قیمت مستند بعمل خود مشتری باشد ولی نکتهٔ که باید مسلم فرض شود اینست که هرگاه مشتری از کسر قیمت مستند بعمل خود استفاده کرده باشد باید درحین استرداد ثمن آنرا حساب نماید مثلا اگر مبیع باغی بوده و مشتری اشجار آنرا انداخته و فروخته باشد وازاین حیث کسرقیمتی درباغ تولید کردد وبعدمبیع مستحق للغیر درآید بایدمشتری در موقع استرداد ثمن قیمت اشجار را از بابت ثمن محسوب و بقیه را مطالبه و دریافت نماید جهزاست که باید درصورت بروز فساد درمبیع به بایع سخت گیری شده و ثمن ماخوذ ، و حتی در صورت جهل مشتری بفساد ، غرامات وارده بر مشتری را از بایع پس گرفت ولی این سخت گیری را نباید به حدی رسانید که مشتری علاوه بر ثمن وعندالاقتضاء علاوه بر منافع حاصله از ثمن و غرامات وارده بر خود استفاده اضافه تری هم به نماید .

٤٧١ ـ ممکن است بعوض اینکه در مبیع کسرقیمتی حاصل شود قیمت آن زیاد شده باشد در این صورت مطابق ماده ۳۹۳ « راجع به زیادتی که از عمل مشتری در مبیع حاصل شده باشد مقررات ماده ۳۱٤ مجری خواهد بود »

ماده ۳۱٤ راجع است بزیادتی که در نتیجه عمل غاصب در مال مغصوب حاصل می شود ومطابق آن « اگردرنتیجه عمل غاصب قیمت مال مغصوب زیادشود غاصب حق مطالبه قیمت زیادی رانخواهد داشت مگراینکه زیادتی عین باشد که دراین صورت عین زائده متعلق بخودغاصب است.» پس معلوم می شود که مشتری هم حق ندارد زیاده قیمتی را که از عمل خود او در مبیع حاصل شده باشد مطالبه نماید تا چه رسد به زیاده قیمتی که درنتیجه اعمال غیر منتسب باو حاصل بشود و فقط در صورتی که زیادتی حاصل در نتیجه عمل مشتری عین باشد عین زائد متعلق بخود مشتری خواهد بود .

در صورتیکه مشتری عالم به فساد مبیع باشد نسبت بحکم مذکور فوق اشکالی نمی توان وارد نمود، و شاید انصاف هم ایجاب نماید که با چنین مشتری همان معامله بشود که با غاصب بعمل می آید، ولی هر گاه مشتری جاهل بفساد باشد آیا ممکن است او را در

نزد غاصب گذاشت و به او حق نداد که تفاوت قیمت حاصل از عمل خود را در صورتی هم که عین نباشد مطالبه نماید ؟ مثلا فرض می کنیم که مبیع یك باب خانه جدید البنا بوده که نه اطاقهای آن سفید شده و نه درب و پنجره آن رنگ داشته است، و مشتری بعد از خریدن خانه تمام اطاقهای آنرا سفید و نقاشی کرده و تمام درب و پنجره آنرا رنگ روغنی نموده است، آیا ممکن است به چنین آدم اجازه داده نشود که در صورت مستحق للغیر بودن مبیع علاوه بر ثمن مخارجی را هم که کرده است مطالبه نماید ؟

اتخاذ تصمیمی که مخالف صریح ماده ۳۹۳ باشد امری است بسی مشکل ولی شاید بتوان بچنین مشتری حق داد که نه من باب ضمان درك بلکه باستناد قاعده لاضرر و یا به استناد مقررات مربوطه به تسبیب از بایع که موجبات تضرر او را فراهم کرده است رفع خسارات خود را بخواهد .

فقره چهارم

در تادیه ثمن

۴۷۲ - برای تأدیه ثمن تقریباً همان مقرراتی باید رعایت شود که برای تسلیم مبیع مذکور شد چنانکه ماده ۳۹۴ ازحیث موعد ومحل تأدیه مقرر میدارد که « مشتری باید ثمن را در موعد و در محل و بر طبق شرایطی که در عقد بیع مقرر شده است تأدیه نماید» پس محل وموعد و طرز تأدیه باید مطابق مقررات بین طرفین باشد و اگر بین طرفین شرائطی مقرر نشده باشد باید بر طبق عرف و عادت معمول گردد .

۴۷۳ - هرگاه مشتری ثمن را در موعد مقرر تادیه نکند ماده ۳۹۵ به بایع حق میدهد که بیع را برطبق مقررات راجعه بخیار تاخیر ثمن فسخ کند ویا ازحاکم اجبار مشتری را بتادیه ثمن بخواهد . پس درصورت عدم تادیه ثمن بایع اختیار دارد که معامله را فسخ کند و اگر فسخ را موافق مصالح خود نمی بیند از حاکم اجبار مشتری را بتادیه ثمن تقاضا کند .

مبحث پنجم
در خیارات و احکام راجعه به آن

۴۷۴ ـ سابقاً مذکور شد که یکی از اقسام عقود عقـد خیاری است و مطابق تعریف مادهٔ ۱۸۸ عقد مزبور عقدی است که برای طرفین یا یکی از آنها یابرای ثالثی اختیار فسخ باشد . پس نظر باین مادهٔ خیار عبارت است از داشتن حق فسخ .

فقره اول - در خیارات

۴۷۵ ـ مطابق مادهٔ ۳۹٦ دهٔ قسم خیار موجود است از قرار ذیل :

۱) خیار مجلس ـ ۲) خیار حیوان ـ ۳) خیار شرط ـ ۴) خیارتاخیر ثمن ـ ۵) خیار رؤیت و خیار تخلف وصف ـ ٦) خیار غبن ـ ۷) خیار عیب ـ ۸) خیار تدلیس ـ ۹) خیار تبعض صفقه ـ ۱۰) خیار تخلف شرط .

از خیارات دهٔ گانه فوق سه قسم که عبارت از خیار مجلس و حیوان وتاخیر ثمن باشد مخصوص عقد بیع و سایر اقسام مشترك در بین تمام عقود لازمه دیگر است

۱ ـ خیار مجلس

۴۷٦ ـ در موضوع خیار مجلس مادهٔ ۳۹۷ مقرر میدارد که « هر یك ازمتبایعین بعد از عقد فی‌المجلس و مادام که متفرق نشده‌اند اختیار فسخ معامله رادارند »

ازظاهر این مادهٔ چنین استنباط می شود که متبایعین مادام که در مجلس عقد باقی‌هستند واز یکدیگر جدا نشدهٔ اند اختیار فسخ معامله را دارند ، هرقدر هم که مصاحبت آنهابطول انجامد ، واگر چه بعداز تمام شدن معامله وانصراف متعاملین از خیال آن ، بامور دیگری هم اشتغال ورزند ، ولی ممکن است استدلال شود که مقصود از خیار مجلس آنست که شاید با وجود واقع شدن عقد بیع هنوز متبایعین نسبت بالتزام خودبه‌آن‌عقد مردد بودهٔ ، و با تفکر در محاسن و معایب معامله ممکن است از انعقاد آن پشیمان کردند ، بنا براین لازم است که مادام مشار الیهما از خیال معامله که یك یا چند آن بیشتر از وقوع آن نمیگذرد ، منصرف نشدهٔ ، و بامور دیگری نپرداخته‌اند ، بتوانند آنرافسخ کنند ، و بر عکس اکر متعاملین بعد از واقع ساختن معامله درالتزام خود نسبت به‌آن تردیدی‌نداشته و از خیال آنهم بکلی منصرف کشته وشاید بامور دیگری هم‌مشغول شدهٔ اند دیگرچگونه

ممکن است ادعا نمود که هنوز برای آنها حق‌فسخ معامله موجود خواهد بود ، فقط بعلت اینکه هنوز از یکدیگر متفرق نشده اند . مگر نه مطابق اصول کلی در روابط حقوقی که بین متعاملین در اثر معامله حاصل میشود ، باید بیشتر بقصد طرفین اهمیت داد نه‌بوضعیت مادی و ظاهری و بعبارة اخری بطرز نشستن و ایستادن آنها در مقابل یکدیگر ؟ و بنا بر این ممکن است که بایع و مشتری بعد از واقع ساختن عقد بیع حقیقتاًوضعیت قعود و یا قیامی را که در حین عقد داشتند تغییر داده و باین طریق ظاهراً از یکدیگرمتفارق شوندولی بدون اینکه درحقیقت از معاملهٔ که واقع ساخته اند منصرف کشته وهنوز نسبت به نتایج بد یا خوب آن مردد نباشند آیا در چنین صورت میشود کفت که بین متعاملین حقیقتاً و باندازهٔ که خیار مجلس از آنها ساقط بشود افتراق حاصل شده است ؟

و همچنین اکر متعاملین بعد از عقد در وضعیت مادی خود از حیث قیام ویاقعود تغییری نداده ولی بکلی از خیال معاملهٔ که چندآن پیش کرده اند منصرف بوده و داخل در صحبت و بلکه معاملات دیگری بشوند آیا میتوان کفت که بین آنها باندازهٔ که موجب سقوط خیار باشد تفرق حاصل نشده است .

برای تسهیل حل مشکل باید قبلا یك موضوع را مفروق عنه نموده ودر مسلمیت آن قائل بتردید نشویم و آن اینست که تفرق مادی و ظاهری متبایعین خیار مجلس را از آنها ساقط مینماید اکر چه این تفرق برای تفکر درنتایج خوب یا بد خود بیع باشد ، زیرا که عقد بیع عقدی است لازم ، و امکان فسخ چنین عقد مخالف با طبیعت آنست ، بنا بر این متزلزل ساختن لزوم آن وقتی ممکن است که نص صریحی آنرا تجویز نماید بعبارة اخری درموارد انحراف از اصل کلی بهیچوجه نمیتوان درمعنی عباراتی که آنرا تجویز می‌کنند توسعه قائل کردید و آنرا در مواردی نیز تجویز نمود که مستقیماً و بطورصراحت از عبارت قانون مستفاد نمیشود - ولی در موردیکه صحبت از انحراف از اصل نبوده و بلکه‌مطلب مربوط بعودت به‌آنست این اجبار وجود نداشته و حتی میتوان اظهار نمود که باید علاوه بر ظاهرعبارات ، روح قانون‌هم منظورنظر واقع شود وبا اینحال‌آیا نمیتوان ادعا نمود که بقاء اختیاری متبایعین در مجلس‌عقد درحالیکه هردواز خیال معاملهٔ که واقع‌ساخته اندمنصرف‌شده‌باشندهمان‌انصراف‌اختیاری‌ازخیار مجلس‌میباشد، وبنابراین‌مقدمه‌برای سقوط‌خیارمجلس لازم نخواهد بود که بین متبایعین تفرق مادی واقعی حاصل شده باشد ، بلکه همینکه بین

آنها من حیث طرف معامله بودن با یکدیگر افتراقی و لو بمسما بعمل آید ، خیار مجلس ساقط خواهد بود اگرچه حقیقتاً از یکدیگر جدا نشده باشند .

در هر حال مطلب امری است نظری و بطوریکه قبلاً مذکور شد غیر مستفاد ازظاهر قانون و بر عهده قاضی است که در موارد اختلاف راجع ببقاء و یاسقوط خیار مجلس تشخیص دهد که تفارق مقتضی برای سقوط خیار بعمل آمده است یانه.

۲ - خیار حیوان

۴۷۷ - درخرید وفروش حیوان مشتری غالباً نمیداند که حقیقتاً حیوانیرا که میخرد چه صفات و کیفیاتی را حائز است ، راست است که اسبرا مثلا میبیند ، و باوصاف ظاهری اوپی میبرد ، ولی نمیداند که اوصاف غیر ظاهر او چیست ، آیاملایم است یاشرور، خوش راه است یا گهگیر ؛ و بنا بر این باید بقدر کافی مهلت داشته باشد که حیوان را از هر حیث امتحان نماید . و اگر فائده مطلوبه از او حاصل میشود آنرا نگاهدارد و الا معامله را فسخ کند ، و این مهلت مطابق ماده ۳۹۸ بسه روز معین شده است چه ماده مزبوره مقرر میدارد که «اگر مبیع حیوان باشد مشتری تاسه روز ازحین عقد اختیارفسخ معامله را دارد »

۳ - خیار شرط

۴۷۸ - در نتیجه اختیاریکه متعاملین برای تعیین جزئیات معامله خود دارند ، می توانند در ضمن معامله شرط کنند که عقد در مدت معینی قابل فسخ خواهد بود ، و این حق فسخ ممکن است برای احد متعاملین یاهر دو ویا برای شخص ثالثی شرط شود. در موضوع خیار شرط ماده ۳۹۹ مقرر میدارد که « در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد » اگر چه این ماده خیار شرطرا منحصر بعقد بیع مینماید ولی چون بطوریکه در ماده ۴۵۶ مصرح است فقط خیار مجلس و خیار حیوان وخیارتأخیر ثمن مخصوص بعقد بیع بوده و بقیه خیارات مشترك بین تمام عقود لازمه است ، لذا در امکان خیار شرط نسبت بعقود دیگر هم تردیدی نخواهد بود .

۴۷۹ - مدتی که برای استفاده از خیار شرط معین میشود بایدمحدودباشد یعنی مبدء و منتهای آن معلوم گردد و اگر درعقد خیار شرط بدون مدت قید شود ، هم خود

شرط و هم عقدیکه متضمن این شرط است باطل خواهد بود . زیرا که خیار شرط درعقود جایزه که اساساً برای طرفین در هر موقعی که بخواهند قابل فسخ میباشد قابل تصور نیست ، و بنا بر این استفاده از آن فقط در عقود لازمه ممکن میباشد . و اگر بنا باشد که در عقد لازمی خیار شرط قید شود ، بدون اینکه مدتی برای آن معین شده باشد این شرط با مقتضای عقد که لزوم آن است مخالف بوده و بالنتیجه هم باطل و هم مبطل عقد می باشد .

در مورد عدم تعیین مدت برای خیار شرط ماده ۴۰۱ مقرر داشته است که «اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد هم شرط و هم بیع باطل است » در این ماده نیز همان ایراد راجع بماده ۳۹۹ موجود است چه ظاهر ماده ناظر بر این است که خیارشرط فقط در عقد بیع ممکن میباشد و حال آنکه بطوری که مذکور شد این خیار از خیارات منحصر بعقد بیع نیست .

۴۸۰ – بالاخره در مدتیکه برای خیار شرط معین میشود طرفین مختارند که مبدء و منتهای آنرا هرطور که تراضی نمودند معین کنند مثلا بگویند که در ظرف سه ماه از تاریخ عقد و یا در ظرف سه ماه از فلان تاریخ حق فسخ موجود خواهد بود ، و اگر طرفین برای مدت خیار شرط مبدئی معین نکرده باشند ابتداء خیار از تاریخ عقد محسوب خواهد بود چنانکه در این موضوع ماده ۴۰۰ مقرر میدارد که «اگر ابتداء مدت خیار ذکر نشده باشد ابتداء آن از تاریخ عقد محسوب است والا تابع قرارداد متعاملین است »

٤ – خیار تاخیر ثمن

۴۸۱ – مطابق ماده ۴۰۲ « هر گاه مبیع عین خارجی و یادر حکم آن بوده و برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع بین متبایعین اجلی معین نشده باشد اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در اینمدت نه بایع تمام مبیعرا تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را ببایع بدهد بایع مختاردر فسخ معامله میشود» و مطابق ماده ۴۰۶ «خیار تاخیرمخصوص بایع است و برای مشتری از جهت تاخیر در تسلیم مبیع این اختیار نمیباشد » از دو ماده فوق معلوم میشود: خیار تأخیرثمن منحصر بموردی است که اولامبیع عین شخصی باشد مثل یك اسب معین یا یك خانه معین و یا در حکم عین شخصی باشد مثل ده من گندم از یکخروار

گندم موجود معین .

ثانیاً ــ برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع بین متعاملین اجلی معین نشده باشد .

ثالثاً ــ سه روز از تاریخ بیع گذشته باشد و نه بایع تمام مبیع را بمشتری تسلیم و نه مشتری تمام ثمن را ببایع تأدیه کرده باشد .

رابعاً خیار تا خیر ثمن منحصر ببایع است و مشتری از جهت تاخیر در تسلیم مبیع این اختیار را ندارد .

۴۸۲ ــ (الف) خیار تاخیر ثمن منحصر به مبیعی است که عین شخصی یا در حکم آن باشد ــ علت اینکه خیار تاخیر ثمن منحصر باین مورد است آنست که ببایع ضرری متوجه نگردد ، و اگر مبیع عین شخصی یا در حکم آن باشد و بایع بواسطه نداشتن حق فسخ در صورت تاخیر در تأدیه ثمن مجبور باشد که آنرا تا موقع تأدیه ثمن نگاهدارد، احتمال قوی میرود که متحمل ضرری گردد ، چه ناچار است که مشتریهای دیگر رارد نماید و شاید از معامله با صرفه تری که ممکن است پیش آید صرف نظر کند ، وحال آنکه این احتمال در مبیع کلی موجود نیست و بایعرا از انجام معاملات نظیر معاملهٔ که قبلا کرده است و یا معاملات بهتر از آن ممنوع نمیدارد ، و بعلاوه طبیعت عقد بیع لازم بودن است و چون خیار فسخ بهر عنوانی که باشد منافی با اصل لزوم معامله است لذا حق فسخ باید فقط در مواردی باشد که نص صریح آن را تجویز می کند .

۴۸۳ (ب) برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع بین متعاملین اجلی معین نشده باشد.
اگر بین فروشنده و خریدار برای تأدیه ثمن اجلی معین شده باشد ، معلوم است که بایع بتاخیر تأدیه قبلا راضی بوده و خیار خود را از این حیث ساقط کرده است ، و همچنین اگر برای تسلیم مبیع اجلی معین شده باشد بایع نمیتواند بعنوان تاخیر ثمن بیعرا فسخ کند ، بعلت اینکه بایع وقتی برای اخذ ثمن حقیقتاً مستحق میباشد ، که خود نیز مبیع را تسلیم بکند ، ودر هر حال بطوریکه سابقاً مذکور شد قابل فسخ نمودن بیع برخلاف اصل لزوم آنست و این عقد نمیتواند قابل فسخ باشد مگر در مواردیکه قانون تصریح نموده باشد بنا بر این هر گاه بین بایع و مشتری برای مقداری از ثمن اجلی معین شده باشد بایع برای تاخیر در تأدیه آنقسمت از ثمن که حال است حق فسخ نخواهد داشت

و همچنین است اگر برای تأدیه تمام ثمن‌اجلی‌معین شده باشد وبا وجود انقضاء اجل مشتری در تأدیه ثمن تاخیر کند .

۴۸۴ (ج) سه روز از تاریخ بیع گذشته باشد و نه بایع تمام‌مبیع‌را تسلیم و نه مشتری تمام ثمن را تأدیه کرده باشد - قانون برای هر یك از متبایعین سه روز مهلت معین مینماید که آنها بتوانند وسائل تسلیم آنچه را که عهده دار میباشند تهیه نمایند پس در ظرف سه روز بایع نمیتواند بعنوان تاخیر در تأدیه ثمن بیع را فسخ کند ولی همین که سه روز منقضی گردید میتوانداز حق فسخ استفاده نماید ولی مشروط بر اینکه‌صراحتاً یا ضمناً این حقرا از خود ساقط نکرده باشد چنانکه ماده ۴۰۳ که اشاره باین موضوع مینماید مقرر میدارد که « اگر بایع بنحوی از انحاء مطالبه ثمن نماید و بقرائن معلوم گردد که مقصود التزام به بیع بوده‌است خیار او ساقط خواهدشد» پس اگر بایع‌بواسطه مطالبه ثمن قصد خودرا نسبت به التزام به بیع ابراز نماید بنحویکه معلوم شود دیگر بیع را قابل فسخ نمیداند خیار او ساقط خواهد بود و همینطور اگر « بایع درظرف سه‌روز از تاریخ بیع تمام مبیع را تسلیم مشتری کند » دیگر خیار فسخ نخواهد داشت و لو اینکه مبیع بنحوی از انحاء بخود بایع مسترد شده باشد . همین حکمرا که ماده ۴۰۴ نسبت بمبیع مقرر میدارد نسبت به ثمن نیز مقرر داشته‌است وبدیهی‌است که با تأدیه تمام ثمن در ظرف سه روز مشتری حق فسخ بایع را ساقط میکند و اگر بعد از تأدیه بنحوی از انحاء ثمن مجدداً بمشتری بر گشته باشد دیگر عنوان تاخیر در تأدیه نبوده و برای بایع خیار فسخ نخواهد بود ، و بالاخره مطابق ماده ۴۰۸ « اگر مشتری برای‌ثمن ضامن بدهد یا بایع ثمن را حواله دهد بعد از تحقق حواله خیار تاخیر ثمن ساقطمیشود.» چه در این دو صورت تبدیل تعهد شده‌و نه فقط بایع با قبول نمودن ضامن و یا با حواله دادن، قصد خود را نسبت بالتزام به بیع ظاهر ساخته است ، بلکه اصلا از بابت ثمن چیزی طلبکار نمیباشد تا خیاری داشته باشد .

۴۸۵ (د) خیار تاخیر ثمن منحصر ببایع است و مشتری از جهت تاخیر در تسلیم مبیع این اختیار را ندارد . علت این ترتیب آنست که خیار تاخیر منباب احتراز از توجه ضرر ایجاد شده و چون تقریباً همیشه ثمن کلی است ، و برای بایع در آن حق عینی ایجاد نمیشود ، که در صورت مفلس شدن مشتری مال خود را عیناً استرداد نموده وداخل

غرما نگردد ، لذا بایع در صورت تاخیر در تادیه ثمن باید حق فسخ داشته باشد تامواجه با افلاس مشتری نشود . و بر عکس چون غالباً مبیع شخصی است و از تاخیر درتسلیم آن برمشتری همان ضرری که از تاخیر در تادیه ثمن بر بایع ایجادمیگردد متوجه نخواهد شد، لذاقانون برای مشتری درصورت تاخیر درتسلیم مبیع حق فسخ قائل نشده است .

راست است که نظر بمراتب فوق ممکن است ایراد نمود که بایستی درصورتی که مبیع کلی باشد بمشتری نیز حق داده شود که از جهت تاخیر در تسلیم آن بیع را فسخ کند ، ولی چون کلی بودن مبیع امری است استثنائی و حکم قانون باید شامل امور کلیه باشد ونه مخصوص موارد استثنائی ، وگذشته از این چون قائل شدن بحق فسخ عدول از اصل لزوم بیع است و معامله که مبتلاء به یومیه مردم است نباید بدون جهت عمده وعلت مهم متزلزل گردد ، لذا برای مشتری نمیشود در صورت تاخیر در تسلیم مبیع حق فسخی قائل شد .

۴۸۶ ــ ممکن است که مشتری حاضر بتادیه ثمن باشد ، ولی بایع برای اینکه ایجاد حق فسخی بنفع خود نماید از قبض آن امتناع کند ، وبرای احترازازاین پیش آمد است که ماده ۴۰۵ مقرر داشته که «اگر مشتری ثمن را حاضر کرد که بدهد و بایع از اخذ آن امتناع نمود خیار فسخ نخواهد داشت »

پس مشتری میتواند حق فسخ بایع را با تادیه نمودن ثمن یا حاضر کردن آن برای تادیه ساقط کند ولی برای اینکه این حق بایع ساقط شود لازم است که مشتری تمام ثمن را تادیه کند . ویا تمام آنرا حاضر نماید و بعلاوه ثمن باید بخود بایع ویا بکسی که از قبل او حق قبض دارد تادیه شود چنانکه در این مورد ماده ۴۰۷ مقرر داشته است که تسلیم بعض ثمن ، یعنی قسمتی از آن ، یا دادن آن بکسی که حق قبض ندارد خیاربایع را ساقط نمیکند .

۴۸۷ ــ بالاخره ممکن است مبیع از جمله اشیائی باشدکه در کمتر ازسه روز فاسد ویا کم قیمت میشود وبنا براین بایع نمیتواند تاسه روز صبر کند که اگر مشتری قیمت را تادیه ننمود بیع را فسخ نماید در این صورت مطابق ماده ۴۰۹ « ابتداء خیار اززمانی است که مبیع مشرف بفساد یاکسر قیمت میگردد»

٥ - خیار رؤیت و تخلف وصف

۴۸۸ - در معاملات عادی ، غالباً کسیکه نسبت بمالی معامله مینماید ، مثلاً کسی که چیزی را میخرد ویا اجاره میکند ، قبلا آنرا دیده و بعد از اطلاع کامل باوصاف آن مال معامله خود را انجام میدهد ، ولی ممکن است اتفاق افتد که کسی مالی را ندیده باشد و فقط باوصافی که از آن مال ذکر شده است قناعت کرده آنرا بخرد ، ویا نسبت بان معامله دیگری واقع سازد ، چنانکه غالباً در معاملات تجارتی این طریق پیش میاید دراین صورت ماده ۴۱۰ بچنین کس حق میدهد که اگر مورد معامله دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد معامله را فسخ کند . ماده مزبوره ازقرارذیل است «هرگاه کسی مالی را ندیده وفقط آنرا بوصف بخرد ، بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد مختار میشود که بیع را فسخ کند یا بهمان نحوکه هست قبول نماید » از ظاهر این ماده و مواد بعدی آن چنین معلوم میشود که خیار رؤیت و تخلف وصف مخصوص عقد بیع است ولی بطوریکه قبلا هم تعرض گردید فقط خیار مجلس و خیار حیوان و خیار تاخیر ثمن منحصر بعقد بیع بوده و سایر خیارات مشترك بین تمام معاملات است بنا بر این نه فقط اگر کسی چیزی را ندیده و فقط باوصافی که از آن ذکر شده است بخرد بلکه کسی هم که آنرا باین طریق اجاره کند یا برهن بردارد حق خواهد داشت که در صورت منطبق نبودن اوصاف واقعی با اوصافی که ذکر شده است معامله را فسخ کند یا آنرا بهمان طریقی که واقع شده است قبول نماید .

۴۸۹ - ماده ۴۱۱ موردی را پیش بینی میکند که بایع مبیع را ندیده ولی مشتری آنرا دیده باشد و بعد از وقوع بیع معلوم شود که مبیع اوصافی را که ذکر شده است ندارد ، در این صورت مشتری که مبیع را دیده است حق فسخ ندارد ولی بایع که آنرا ندیده است میتواند معامله را فسخ کند . این حکم موافق با عدل وانصاف است زیرا ممکن است که درنزد بایع برای مالی که مورد بیع است اوصافی ذکر شده باشد که مطابق با واقع نبوده ، و در شخص بایع مؤثر گشته ، و نظر بهمان اوصاف بایع ثمن مبیع را کمتر از قیمت حقیقی آن معین نموده باشد پس اگر بعد از معاینه معلوم شود که مبیع دارای اوصاف دیگری بوده است که اگر بایع میدانست آنرا نمیفروخت و یا باین قیمت نمیفروخت ، انصاف حکم میکند که بایع بتواند معامله را فسخ نماید ، همین معنی در مورد معاملات دیگر هم

باید ملحوظ و رعایت شود چنانکه اگر مستاجر عین مستاجره را دیده و لی موجر آنرا ندیده باشد و بعد از عقد اجاره معلوم شود که عین مزبور اوصافی را که ذکر شده است ندارد موجر حق فسخ خواهد داشت.

٤۹۰ - ممکن است که مشتری تمام مبیع را ندیده و فقط قسمتی از آنرا دیده ویا آنرا ازروی نمونه خریداری کرده باشد در این صورت مطابق ماده ٤۱۲ اگر اقسمتی که بوصف یا ازروی نمونه خریداری شده است مطابق وصف یا نمونه نباشد مشتری می تواند یا تمام مبیع را رد کرده و ثمنی را که تادیه نموده است مسترد دارد ویا تمام مبیع را قبول کند، پس بموجب این ماده مشتری حق ندارد قسمتی راکه دیده و یا قسمتی را که موافق وصف یا نمونه است قبول کرده و بقیه را رد نماید بلکه باید یا بیع را نسبت بتمام فسخ نماید و یا مبیع را بهمان طریقی که هست با تأدیه تمام ثمن قبول کند، ولی بدیهی است که این حکم قانون حقی را که طرفین برای تراضی بترتیب دیگر دارند سلب نمیکند بنا بر این طرفین میتوانند تراضی نمایند بر اینکه بیع را نسبت بقسمتی که موافق با وصف است بحال خود باقی و آنرا نسبت بقسمت دیگر فسخ کنند و یا آنکه بیع را نسبت بتمام معتبر دانسته ولی در ثمن مقداری تخفیف بدهند.

٤۹۱ - هر گاه یکی از متعاملین مالی را سابقاً دیده و باعتماد رؤیت سابق معامله کند و بعد از رؤیت معلوم شود که مال مزبور اوصاف سابقه را ندارد اختیار فسخ خواهد داشت (٤۱۳)

٤۹۲ - نسبت بمعاملاتی که مورد آن عین کلی باشد خیار رؤیت و تخلف وصف نمیباشد و مطابق ماده ٤۱٤ متعهد باید « جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرر بین طرفین باشد »

بنا بر این اگر کسی مثلا ده خروار گندم زورند بی خاك خریده باشد باید بایع مبیع را مطابق وصفی که معین شده است بدهد و مشتری میتواند هر گندمی را که مطابق با وصف نباشد قبول نکرده و بایع را اجبار کند که از عهده تعهد خود بر آید.

٤۹۳ - مطابق ماده ٤۱۰ « خیار رؤیت و تخلف وصف بعد از رؤیت فوری است » یعنی کسیکه این خیار بنفع او موجود است باید فوراً پس از رؤیت مورد معامله و تشخیص اینکه اوصاف آن با اوصاف مقرر بین طرفین تطبیق نمینماید، معامله رافسخ

کند ، و عدم فسخ بعد از رؤیت کاشف از این است که شخص مزبور خیار خود را ساقط کرده و دیگر نمیخواهد از حق مزبور استفاده نماید ، و اگر غیر از این ترتیب میبود تزلزل فوق العادهٔ در معاملات حاصل میشد و چون نظر قانون باید بیشتر در تحکیم و تثبیت معاملات باشد و نه در تزلزل آن لذا قاعده فوریت تقریباً در تمام خیارات اتخاذ شده است .

حال باید به بینیم کـه فوریت یعنی چه بعبارة اخری در چه مدت طرف معامله حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید . در قانون مدنی میزان قطعی و مدت معینی معلوم نشده است ، که اگر در ظرف آن مدت ، صاحب حق فسخ ، عمل به فسخ ننماید حق او ساقط می شود ، و در تمام خیارات بجمله خیار رؤیت فوری و یا خیار عیب فوری است اکتفا کردیده بنا براین تشخیص مدت باعرف خواهد بود وحاکم قضیه بایدتشخیص دهد که آیا بعد از علم به موجب خیار مدت کافی که بتوان آن‌را کاشف از اسقاط خیار دانست گذشته یا نه .

٦ در خیار غبن

۴۹۴ ـ ممکن است اشخاصیکه با یکدیگر معامله مینمایند بارزش حقیقی موردمعامله مطلع نباشند مثلا کسیکه مالی را میفروشد و یا مالی را میخرد نداند که قیمت واقعی آن مال چیست ودر معامله مغبون شود دراین صورت اگر غبن او غبن فاحش باشد حق‌خواهد داشت که معامله را فسخ نماید . مادهٔ ۴۱۶ در این مورد چنین مقرر داشته است‌که « هر یك از متعاملین که در معاملهٔ غبن فاحش داشته بعد از علم بغبن میتواند معامله را فسخ کند » پس بموجب این مادهٔ برای اینکه مغبون خیار فسخ داشته باشد باید غبن او فاحش باشد و بطور کلی غبن را وقتی فاحش میگویندکـه تفاوت قیمت بیش از حد متعارف بوده و یا باندازهٔ باشد کـه عادتاً قابل تحمل نمیباشـد . ولی برای اینکـه اختلافی در فاحش یا غیر فاحش بودن غبن حاصل نشود ، مادهٔ ۴۱۷ میزانی را معین نموده است که اگر تفاوت قیمت از میزان مزبور تجاوز نماید غبن فاحش محسوب و الا فاحش نخواهد بود ، و این میزان عبارتست از یك خمس . معذلك ممکن است در صورتیکه غبن کمتر از میزان مزبور هم باشد غبن موجب خیار گردد چنانکه مادهٔ ۴۱۷ راجع بفاحش بودن غبن و میزان آن‌چنین‌مقرر میدارد که « اگر غبن بمقدار خمس قیمت یا بیشتر باشد فاحش است و هر کمتر از

مقدار مزبور در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد » یعنی عرفاً ممکن نباشد که از این مقدار تفاوت و لو اینکه کمتر از مقدار خمس میباشد صرف نظر کرد .

۴۹۵ ـ مادهٔ ۴۱۷ صراحتاً معین نمینماید که برای تشخیص غبن قیمت مالی که مورد معامله بوده است در چه موقعی باید منظور گردد . ولی بدیهی است که مناط قیمت حین‌المعامله است و نه قیمت حین دعوی و بنا بر این اگر بعد از معامله در مالی که مورد آن بوده است بعلتی کسر قیمت حاصل شده باشد ، متعامل نمیتواند باستناد این کسر قیمت ادعای غبن نماید ولو اینکه کسر قیمت بمراتب بیشتر از خمس باشدولی در هر حال برای تعیین قیمت مال در حین معامله باید شرایط معامله هم منظور گردد زیرا که قیمت مبیع مثلا باعطف توجه بشرایط معامله معین میشود ، چنانکه اگر بایع مال خودرا بنقد بفروشد قیمت مبیع کمتر از موقعی خواهد بود که نسیه میفروشد و همچنین اگر بیع بیع قطعی باشد قیمت مبیع بیشتر از موقعی خواهد بود که بیع بیع مشروط باشد و قس علیهذا شرایط دیگر معامله را چنانکه در این مورد مادهٔ ۴۱۹ مقرر میدارد که « در تعیین مقدار غبن شرایط معامله نیز باید منظور گردد »

۴۹۶ ـ بالاخره برای اینکه یکنفر بتواند نسبت بمعاملهٔ که واقع ساخته‌ادعای غبن کند ، باید حین‌المعامله جاهل بقیمت عادله مورد معامله باشد ، والا اگر کسی ، باعلم به قیمت‌یامال‌الاجاره‌عادله ، مال خودرا بقیمت نازلتری‌بفروشد ویا آنرا بقیمت کمتری اجاره‌دهد ، خیار غبن نخواهد داشت ، اگر چه تفاوت قیمت یامال‌الاجاره بمراتب بیشتر از خمس باشد . بنا بر این در بیع اضطراری مثلا که بایع با علم بقیمت واقعی مال خود ، آنرا بنصف یاثلث قیمت می فروشد خیار غبن نخواهد بود ، چه بایع عالم بقیمت عادله بوده است .

در مورد علم بقیمت مادهٔ ۴۱۸ چنین‌میگوید « اگر مغبون در حین معامله عالم بقیمت عادله بوده است خیار فسخ نخواهد داشت »

۴۹۷ ـ ممکن‌است که درموقع کشف‌غبن طرفی‌که مغبون کرده است‌حاضر بشود که تفاوت قیمت‌رابدهددر اینصورت مطابق‌مادهٔ۴۲۱ طرف‌دیگر مجبور نمیباشد که‌این تفاوت‌قیمت‌را قبول کند، بلکه‌حق‌خواهدداشت که معامله رابعلت‌غبن فسخ نماید ،واین در حقیقت‌یکنوع مجازاتی است که برای غابن معین میشود . ولی در هر حال کسیکه مغبون شده است باید بمحض اطلاع از غبن از خیار فسخ خود استفاده نماید و اگر فوراً معامله را فسخ ننماید این

عمل کاشف از اسقاط ضمنی خیار خواهد بود و همین نظریه است که مادهٔ ۴۲۰ بطریق ذیل اظهار مینماید «خیار غبن بعد از علم بغبن فوری است» و تشخیص فوریت هم بطریقی که فوقاً و در ضمن خیار تخلف وصف مذکور شد بعمل میاید .

۷ - درخیار عیب

۴۹۸ — کسیکه نسبت بمالی معامله مینماید و باید آنرا بطرف مقابل تسلیم کند ، مسئول معایبی است که ممکن است درآن مال موجود باشد ، ولی بدیهی است که مسئولیت او نسبت بمعایب مورد معامله مسئولیت نا محدود نمیباشد ، چه نه فقط ممکن است که عیب مال عیب واضح بودهٔ و متعامل با علم بان معامله را واقع ساخته باشد ، بلکه ممکن است که اصلا خود معامل عدم ضمان خود رانسبت بمیوب تصریح کردهٔ باشد ، و در این دو صورت مسلم است که معامل نسبت بمعایب مورد معامله مسؤلیتی نخواهد داشت . بهمین جهت است که از یکطرف ماده ۴۲۲ وجود خیار عیب را مشروط کرده است بر اینکه معیوب بودن مورد معامله بعد از وقوع معامله ظاهر شود ، واز طرف دیگر مادهٔ ۴۲۳ ثابت شدن خیار عیب را برای مشتری مشروط باین کردهٔ که عیب مخفی وموجود در حین معامله باشد .

قبل از تدقیق در شرایط فوق ، باید تذکر دادهٔ شود که گرچه تقریباً در تمام مواد راجعه بخیار عیب ، احکام آن ناظر ببایع و مشتری و بعبارة اخری صحبت از عقد بیع شدهٔ است ولی بطوریکه قبلا هم مذکور گردید خیارعیب منحصر بعقد بیع نبودهٔ بلکه مشترك بین تمام معاملات لازمه است .

در هر حال برای اینکه خیار عیب موجود باشد وجود شرایط ذیل لازم است :

۱ — عیب بایدعیب سابق باشد .

۲ — عیب باید عیب مخفی باشد .

۳ — بعد از معامله کشف شود که مورد معامله در حین عقد معیوب بودهٔ است .

۴۹۹ (الف) عیب باید عیب سابق باشد — بنا بر این نسبت بمعایب جدید یعنی معایبی که پس ازوقوع معامله حادث شدهٔ باشد مسئولیتی موجود نخواهدبود معذالك ممکن است که عیب در حین معامله موجود نبودهٔ ولی بعد از معامله و قبل از تسلیم مورد معامله حادث باشد که در اینصورت مطابق ماده ۴۲۵ « عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض درمبیع حادث شود در حکم عیب سابق است » ونیز ممکن است که عیب بعد از قبض حادث شدهٔ

باشد ولی حدوث آن در اثر عیب قدیم باشد در اینصورت نیز باستدلال از مادهٔ ۴۳۰ باید عیب جدید در حکم عیب سابق محسوب شود .

۵۰۰ - (ب) عیب باید عیب مخفی باشد - مطابق مادهٔ ۴۲۴ « عیب وقتی - مخفی محسوب است که مشتری در زمان بیع عالم بان نبوده است اعم از اینکه این عدم علم ناشی از آن باشد که عیب واقعاً مستور بوده است یا اینکه ظاهر بوده ولی مشتری ملتفت آن نشده است » پس بموجب این مادهٔ برای مخفی بودن عیب لازم نیست که بایع آنرا متعمداً مستور و مخفی نموده باشد بلکه همینقدر کافی است که مشتری در حین معامله ملتفت آن نشده باشد اگر چه عیب ظاهر هم باشد . .

در مورد عیبی که بایع آنرا مخفی و مستور نموده باشد ویا خود بخود مخفی بوده است ، اشکالی موجود نبوده و حقاً باید بمشتری حق داده شود که در صورت اطلاع بوجود آن عیوب معامله را فسخ نماید . مثلا اگر مبیع عبارت باشد از یك خانه و تمام تیرهای آنخانه که ظاهر و آشکار نیست ، در حین معامله پوسیده شده ویا تمام آنها را موریانه خورده باشد ، بدیهی است که باید بمشتری حق داده شود که بیع را فسخ نماید . ولی نسبت بعیبی که ظاهر و آشکار بوده ، و بایع در اخفاء آن اقدامی نکرده باشد ، چگونه ممکن است بیکنفر مشتری لاابالی که در مورد معامله آن اندازه دقت نکرده باشد که لااقل بمعایب ظاهری و آشکار آن اطلاع حاصل کند ، اختیار داده شود که در صورت معیوب بودن مبیع بیع را فسخ نماید مضافاً باینکه اساس خیار عیب مبتنی است بر اینکه بایع نباید در معامله مرتکب غل و غش بشود واگر عیب مخفی را باطلاع مشتری نرساند ویا عیب ظاهر را مخفی نماید مرتکب غش شده و مشتری حق فسخ خوهد داشت ، و با این طریق مشکل است او را بتوان علاوه بر عمل خود که عبارت از ارتکاب غش باشد ، نسبت باهمال کاری مشتری هم مسؤل قرارداد بنابراین برای توجیه قسمت اخیر مادهٔ ۴۲۴ که درصورت عدم التفات مشتری بعیب ظاهری هم رای او خیار فسخ قرار میدهد مجبوراً باید بگوئیم که بنظر قانون نه فقط بایع مکلف است که در معامله مرتکب غل و غش نشود بلکه وجداناً مکلف میباشد که مشتری را از تمام معایب مبیع هم اعم از اینکه ظاهر باشد یا مخفی مسبوق دارد ودراینصورت عدم التفات مشتری بعیب ظاهر مبتنی بر عدم اخبار بایع و اعتمادی که مشتری بر او داشته است بوده ، و از این جهة در صورتی هم که خود ملتفت عیب نشده باشد خیار

فسخ خواهد داشت . و بعلاوه سالم بودن اصل کلی است یعنی هر کس که نسبت به مالی معامله مینماید بدون اینکه طرف از معایب آن تبری کرده باشد به اعتبار سالم بودن آن مال معامله می کند پس با وجود اصالت سلامت باید بمشتری حق داده شود که اگر مبیع بر خلاف این اصل معیوب در آید بتواند بیع را فسخ کند .

نظر بمراتب فوق هرگاه در حین معامله مشتری عالم بوجود عیب باشد اعم از اینکه عیب مخفی باشد یا ظاهر دیگر نمیتواند از خیار عیب استفاده کند .

۵۰۱ - اگر چه تشخیص عیبی که موجب خیار باشد غالباً آسان است ولی ممکن است در بعضی موارد بی اشکال نباشد در این صورت ماده ۴۲۶ بر طبق اصل کلی که در اغلب موارد عرفرا مشخص قرار میدهد قضیه را موکول به تشخیص عرف نموده و مقرر میداردکه « تشخیص عیب بر حسب عرف و عادت میشود وبنابر این ممکن است بر حسب ازمنه و امکنه مختلف باشد »

۵۰۲ - در هر حال اگر مورد بیع معیوب باشد و عیب هم از جمله عیوبی باشد که ایجاد خیار نماید مطابق ماده ۴۲۲ « مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب با اخذ ارش یا فسخ معامله » پس بموجب این ماده مشتری میتواند مبیع را با همان عیبی که دارد قبول کند ولی بواسطه معیوب بودن تفاوت قیمتی مأخوذ دارد ، و یا معامله را فسخ نماید .

۵۰۳ - برای حساب کردن تفاوت قیمت ماده ۴۲۷ چنین مقرر داشته است که « اگر در مورد ظهور عیب مشتری اختیار ارش کند تفاوتی که باید باو داده شود بطریق ذیل معین میگردد .

قیمت حقیقی مبیع در حال بی عیبی و قیمت حقیقی آن در حال معیوبی بتوسط اهل خبره معین می شود .

اگر قیمت آن در حال بی عیبی مساوی با قیمتی باشد که در زمان بیع بین طرفین مقرر شده است تفاوت بین این قیمت و قیمت مبیع در حال معیوبی مقدار ارش خواهد بود .

و اگر قیمت مبیع در حال بی عیبی کمتر یا زیاد تر از ثمن معامله باشد نسبت بین قیمت مبیع در حال معیوبی و قیمت آن در حال بی عیبی معین شده و بایع باید از ثمن

مقرر بهمان نسبت نگاهداشته و بقیه را بعنوان ارش بمشتری رد کند»

ماده مزبورد فوق سه فرض نموده است که ذیلا بیان میکنیم :

فرض اول ـ قیمت مبیع در حال بی عیبی مساوی است با قیمتی که در زمان بیع بین طرفین مقرر شده است ـ دراینصورت تفاوت بین این قیمت وقیمت مبیع در حال معیوبی مقدار ارش خواهد بود . مثلا اگر قیمت مبیع در حال بی عیبی و همچنین قیمتی که بین متبایعین در حین معامله معین شده است عبارت از یکصد تومان باشد وقیمت مبیع در حال معیوبی فقط هشتاد تومان در این صورت بایع باید تفاوت بین ۸۰و۱۰۰ یعنی ۲۰ تومانرا بعنوان ارش از ثمنی که گرفته است بمشتری رد نماید و اگرثمن‌را نگرفته باشد مشتری میتواند ۲۰ تومان‌ازآنرا کسر گذاشته وهمان ۸۰ تومان راکه عبارت از قیمت‌واقعی مبیع معیوب است کار سازی کند .

فرض دوم ـ قیمت مبیع در حال بی عیبی بیشتر از ثمن معامله است ـ مثلا قیمت مبیع درحال بی عیبی ۱۲۰ تومان و ثمن مقرر بین طرفین ۹۰ تومان وقیمت مبیع معیوب ۸۰ تومان باشد . در اینصورت مطابق قسمت اخیر ماده ۴۲۷ ارش عبارت خواهد بود از یك ثلث ۹۰ تومان یعنی ۳۰ تومان ، که بایع باید از ثمن مقرر یعنی ۹۰ تومان بمشتری مسترد دارد چه‌نسبت بین قیمت مبیع در حال معیوبی و قیمت آن در حال بی عیبی عبارت است ازنسبت ۸۰ به ۱۲۰یعنی دو ثلث و بایع باید دو ثلث از ثمن مقرر یعنی دو ثلث از ۹۰ تومان را که ۶۰ تومان است نگاهدارد و بقیه را بمشتری‌رد کند .

فرض سوم ـ قیمت مبیع در حال بی عیبی کمتر از ثمن معامله است و در این صورت نیز حساب ارش بطرین فوق بعمل میاید بنابراین اگر قیمت مبیع در حال بی‌عیبی ۸۰ تومان و قیمت مقرر بین طرفین ۱۰۰ تومان وقیمت مبیع در حال معیوبی ۶۰تومان باشد ارش عبارت خواهد بود از یك ربع ۱۰۰ تومان یعنی ۲۵ تومان چه نسبت بین قیمت مبیع معیوب ومبیع بی عیب عبارتست از نسبت ۶۰ به۸۰ یعنی سه‌ربع وبایع‌باید سه ربع ۱۰۰ تومان یعنی ۷۵ تومان را نگاهداشته و بقیه را که ۲۵ تومان است بمشتری رد کند .

۵۰۴ ـ در تمام فروض فوق تقویم‌مبیع باید بوسیله اهل خبره بعمل آید ولی‌بدیهی

است که طرفین میتوانند تقویم را متراضیاً و بوسیله خودشان بنمایند و هر کاه بین اهل خبره ، راجع بقیمت ، اختلاف نظر باشد ، مطابق ماده ۴۲۸ « حد وسط قیمت ها معتبر است »

۵۰۵ ـ مشتری نمیتواند در تمام موارد از حقی که بموجب ماده ۴۲۲ در قبول مبیع معیوب با اخذ ارش یا فسخ معامله دارد استفاده کند چه ماده ۴۲۹ مواردی را معین کرده است که مشتری حق فسخ ندارد و فقط می تواند ارش بگیرد. موارد مزبوره از قرار ذیل است.

۱ ـ در صورتیکه مبیع نزد مشتری تلف بشود یا مشتری آنرا بغیر منتقل نماید چه در این صورت بدیهی است که چون مشتری دیگر نمیتواند مبیع را بایع رد نماید لذا حق فسخ معامله را نخواهد داشت و باید فقط باخذ ارش قناعت کند.

۲ ـ در صورتیکه تغیری در مبیع پیدا شود اعم از اینکه بفعل مشتری باشد یا نه در این صورت چون فسخ وقتی ممکن است که عین مبیع ببایع مسترد گردد و نه مبیعی که در آن تغیراتی حاصل شده است لذا فسخ مورد نخواهد داشت.

۳ ـ در صورتیکه بعد از قبض مبیع عیب دیگری در آن حادث شود مگر آنکه در زمان خیار مختص بمشتری حادث شده باشد که در این صورت حدوث عیب مانع از فسخ و رد نیست.

مثلا بعد از قبض در مبیع عیب جدیدی حادث شود که بهیچوجه مربوط به عیب قدیم نمی باشد و بعد از حدوث این عیب معلوم گردد که در حین عقد مبیع معیوب بوده است در این صورت مشتری حق فسخ نخواهد داشت و باید باخذ ارش اکتفا کند چه عیب جدید در زمان خیار مشتری که از عیب قدیم برای او ثابت است حادث شده وبایع را نمی توان مجبور نمود مالی را که علاوه بر عیب سابق عیب جدیدی در آن پیدا شده است قبول کرده و قیمت آنرا رد نماید.

۵۰۶ ـ ممکن است در ضمن یك عقد چندچیز فروخته شود بدون اینکه قیمت هر یك علیحده معین شده باشد و بعضی از آنها معیوب درآید در اینصورت مطابق ماده ۴۳۱ « مشتری باید تمام آنرا رد کند و ثمنرا مسترد دارد یا تمامرا نکاهدارد و ارش بگیرد و تبعیض نمیتواند بکند مگر برضای بایع » چه در اینصورت ممکن است بایع شرایط

معامله و مخصوصاً مقدار ثمنرا با در نظر گرفتن فروش کلی معین کرده باشد واگر بمشتری حق داده شود که معامله را نسبت بافراد بی عیب قبول و نسبت بافراد معیب فسخ کند، ببایع ضرری متوجه میگردد که شاید قابل جبران نباشد و نیز در تعقیب همین فکر ماده ۴۳۲ مقرر میدارد که «هر گاه دریك عقد بایع یکنفر ومشتری متعدد باشد ودرمبیع عیبی ظاهر شود یکی از مشتریها نمیتواند سهم خود را بتنهائی رد کند و دیگران سهم خود نگاهدارند مگر بارضای بایع و بنابراین اگر در رد مبیع اتفاق نکردند فقط هر یك از آنها حق ارش خواهد داشت » و نه حق فسخ وبر عکس « اگر در یك عقد بایع متعددباشد مشتری میتواند سهم یکی را رد ودیگریرا بااخذ ارش قبول کند » چه در این صورت سهم هر یك از بایعین نسبت بخود تمام بوده و از تبعیضی که مشتری می نماید ببایعی که نسبت بسهم او عقد بیع فسخ شده و یا نسبت به سهم او فقط ارش گرفتهمیشود ضرر غیرقابل جبران متوجه نخواهد شد.

۵۰۷ — ممکن است عیب موجود در مبیع ، باندازه باشد که اصلا مبیع معیوب از مالیت افتاده و بهیچوجه قیمت نداشته باشد در این صورت ماده ۴۳۴ مقرر میدارد که « اگر ظاهر شود که مبیع معیوب اصلا مالیت و قیمت نداشته بیع باطل است ... » وهم چنین ممکن‌است که وضعیت مزبور نسبت به تمام مبیع موجود نبوده وفقط نسبت بقسمتی از آن موجود باشد مثل اینکه مبیع عبارت باشد از یك دست بشقاب چینی و بعد معلوم‌شود که یك یا دو عدد آن در حین معامله طوری شکسته و خورد شده بوده است که دیگر بهیچوجه قابل استفاده نمی باشد در این صورت قسمت اخیر ماده مزبوره مقرر میدارد که « اگر بعض مبیع قیمت نداشته باشد بیع نسبت به آن بعض باطل است و مشتری نسبت به باقی از جهة تبعض صفقه اختیار فسخ دارد »

اختیار فسخی که بمشتری ازجهة تبعض صفقه داده می شود بعد ها شرح داده خواهد شد و در مورد بیع این اختیار فسخ عبارت است از اینکه هر گاه یك نفر مالی بخرد و بعلتی از علل نتواند مالك تمام آن مال بشود بیع نسبت به آن قسمتی که مشتری نتوانسته است مالك بشود باطل و نسبت بقسمتی از مبیع که مشتری مالك شده است مشار الیه حق خواهد داشت که بیع را فسخ نماید .

۵۰۸ وجود خیار عیب برای مشتری در موردی است که بیع بنحو مطلق بوده

یعنی بایع ضمان راجع بعیب را صراحتاً از خود سلب نکرده باشد و یا در عقد بیع تصریح شده باشد که مشتری مبیع را بشرط بی عیب بودن خریداری مینماید . و بر عکس اگر در عقد بیع بایع از عیوب مبیع تبری کرده باشد یعنی شرط نموده باشد که مسئول معایب موجوده در آن نخواهد بود ؛ در این صورت نسبت بعیوب موجوده در مبیع مسئولیتی نخواهد داشت اگر چه عیوب مزبوره عیوب سابقه باشد . حکم مزبور را ماده ۴۳۶ به طریق ذیل بیان مینماید « اگر بایع از عیوب مبیع تبری کرده باشد به اینکه عهده عیوب را از خود سلب کرده یا با تمام عیوب بفروشد مشتری در صورت ظهور عیب حق رجوع ببایع نخواهد داشت ... »

همینطور که بایع میتواند با رضایت مشتری از تمام عیوب مبیع تبری کند ، تبری او ممکن است فقط ناظر به عیب خاصی باشد ، در این صورت قسمت اخیر ماده مزبوره مقرر میدارد که « اگر بایع از عیب خاصی تبری کرده باشد » مشتری « فقط نسبت بهمان عیب حق مراجعه ندارد »

۵۰۹ - بالاخره مطابق ماده ۴۳۷ « از حیث احکام عیب ثمن شخصي مثل مبیع شخصي است » یعنی اگر اتفاقاً ثمن مبیع که غالباً عین کلی است ، عین شخصی باشد و در آن عیبی ظاهر شود ، تمام احکام راجعه به عیب مبیع که فوقاً مذکور گردید در ثمن معیب هم جاری خواهد بود .

۸ - در خیار تدلیس

۵۱۰ - مطابق ماده ۴۳۸ « تدلیس عبارت است ازعملیاتي که موجب فریب طرف معامله شود » پس برای اینکه عملیات احد متعاملین تدلیس محسوب و بطرف دیگر حق فسخ معامله را دهد ، باید عملیات مزبوره موجب فریب طرف مذکور گردد . و غالباً تشخیص اینکه آیا عملیات یك طرف موجب فریب طرف دیگر شده است یا نه ، امری است بالنسبه مشکل . ولی بدیهی است که اگر حاکم قضیه تشخیص بدهد که هرگاه عملیات مزبوره اعمال نمیگردید معامله واقع نمیشد ، دراینصورت فریب موجود و طرفی که فریفته شده است حق فسخ خواهد داشت . مثلا اگر در بیع اسبی ، فروشنده دندان اسبرا بساید برای اینکه اسبرا جوان وا نمود کند ، و مشتریرا که داوطلب خرید اسب جوان است باین طریق فریب داده و وادار بمعامله کند ، تدلیس واقع میگردد.

۵۱۱ ـ همینکه وجود تدلیس ثابت شد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت و در اینمورد ماده ٤۳۹ که ظاهراً مربوط بعقد بیع است ولی حقیقتاً و باستناد ماده ٤۵٦ شامل تمام معاملات میگردد ، چنین مقرر داشته است که « اگر بایع تدلیس نموده باشد مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و همچنین است بایع نسبت بثمن شخصی درصورت تدلیس مشتری . »

۵۱۲ ـ خیار تدلیس هم مثل سایر خیارات فوری است (ماده ٤٤۰) بنا بر این اگر طرفی که در اثر تدلیس فریفته شده است بوجود تدلیس علم حاصل کند و درمدتی که عادتاً برای فسخ معامله لازم است بمقام فسخ آن بر نیاید دیگر حق فسخ نخواهد داشت واین سکوت بعد از اطلاع باید حمل باسقاط حق فسخ شود .

۹ ـ در خیار تبعض صفقه

۵۱۳ ـ بطوریکه قبلا اشاره گردید و ماده ٤٤۱ نیز آنرا تائید مینماید « خیار تبعض صفقه وقتی حاصل میشود که عقد بیع نسبت ببعض مبیع بجهتی از جهات باطل باشد در این صورت مشتری حق خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا بنسبت قسمتی که بیع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند .» پس مطابق این ماده اگر کسی خانهٔ بخردو معلوم شود که یکقسمت مفروز یا مشاع آن خانه متعلق بغیر بوده است و مالك آن قسمت هم معامله را نسبت بسهم خود تنفیذ ننماید مشتری مختارخواهد بودکه یابیع رانسبت بقسمتی از مبیع که توانسته است مالك آن گردد قبول کرده و نسبت بقسمت دیگر ثمنی را که تادیه نموده است مأخوذ دارد ویا اصلا بیع را فسخ و تمام ثمن را استرداد کند .

در مورد خیار تبعض صفقه هم مثل اینکه در مورد بعضی از خیارات دیگر مذکورشد ، این نکته باید توضیح شود که گر چه از ظاهر ماده ٤٤۱ چنین استنباط میشود که خیار مزبور منحصر بعقد بیع است ، ولی چون برحسب ماده ٤۵٦ ، باستثنای خیار مجلس وخیار حیوان و خیار تاخیر ثمن که مخصوص عقد بیع است تمام انواع خیارات در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد ، لذا مثلا در عقد اجاره نیز اگر عقد مزبور بجهتی از جهات نسبت به یك قسمت از عین مستاجره صحیح و نسبت بـه قسمت

دیگر آن باطل باشد مستاجر حق خواهد داشت که معامله را بعنوان تبعض صفقه فسخ نماید .

۵۱۴ - در هرحال اگر در عقد بیع یا در هرعقد لازم دیگری که خیار تبعض صفقه موجود باشد ، طرف نخواهد معامله را باستناد این خیار فسخ کند ، بلکه مایل باشد که انرا نسبت بقسمتی از مورد معامله که نسبت بان معامله صحیحاً واقع شده است قبول ، و نسبت به بعض دیگر از ثمن یا از مال الاجاره ویا از هرعوضی که داده است به نسبت آن بعض استرداد کند ، باید معلوم شود که چه مقدار از عوض قابل استرداد بوده و چه مقدار باید در دست طرف بماند . در این موضوع ماده ۴۴۲ چنین مقرر می دارد که « در مورد تبعض صفقه قسمتی از ثمن که باید به مشتری برگردد بطریق ذیل حساب میشود :

آن قسمت از مبیع که به ملکیت مشتری قرار گرفته منفرداً قیمت میشود وهر نسبتی که بین قیمت مزبور و قیمتی که مجموع مبیع در حال اجتماع دارد پیدا شود بهمان نسبت از ثمن را بایع نگاهداشته و بقیه را باید بمشتری رد نماید . » پس مطابق این‌ماده معلوم میشود که همه وقت بین آن قسمت از ثمن که باید بمشتری رد شود و آن قسمت از مبیع که نسبت بان معامله باطل بوده است ، نسبت مستقیم نخواهد بود و بنا براین در هرموردی نمی شود گفت که چون در مورد نصف یا ثلث مبیع مثلا عقد بیع باطل بوده است پس باید نصف یا ثلث ثمن هم بمشتری مسترد گردد . توضیح آنکه در بعضی از اموال همان نسبتی که بین‌تمام آن‌مال و بعض آن موجود است ، بین قیمت تمام آن‌وقیمت بعض آن‌موجودنمیباشد، مثلا اگرقیمت یکجفت‌اسب درشکه که ازهرحیث شبیه هم باشند سیصد تومان باشد قیمت یك لنگهٔ آن یکصد وپنجاه تومان نخواهد بود وهمینطور اگر قیمت ششدانك یك بابخانه که هر ششدانك آن مال یك نفر است شش هزار تومان باشد قیمت هر یك از سه دانك آن در صورت داشتن مالکین مختلف سه هزار تومان نخواهد بود .

نظر بمراتب فوق لازم است برای حساب قسمتی از ثمن که باید بمشتری رد شود مطابق مادهٔ ۴۴۲ رفتار گردد و برای توضیح مطلب مفاد مادهٔ مزبوره‌راذیلا دریك مورد فرضی اجرا مینمائیم مثلا فرض میکنیم که مبیع عبارت است ازیك‌ملك ششدانکی که‌دو

دانك مشاع آن مستحق للغیر در آمده است وثمن عبارت است از ۶۰۰۰ تومان دراینصورت باید آن قسمت از مبیع که بملکیت مشتری باقی میماند ، یعنی چهار دانك منفرداً قیمت شود . و فرض میکنیم که مقوم چهار دانك مشاع مبیع را به ۳۵۰۰ تومان قیمت نماید . پس مطابق ماده ۴۴۲ باید نسبت بین این قیمت وقیمتی که مجموع مبیع در حال اجتماع دارد معین گردد واین نسبت عبارت است از نسبت ۳۵۰۰ تومان به ۶۰۰۰ تومان یا هفت دوازدهم . بنابر این بایع باید هفت دوازدهم از ۶۰۰۰ تومانرا که عبارتست از ۳۵۰۰ تومان نگاهداشته ، و بقیه را که عبارت است از ۲۵۰۰ تومان بمشتری رد کند . و حال آنکه اگر بین آن قسمت از ثمن که بایع باید بمشتری رد نماید وآن قسمت ازمبیع که نسبت بان معامله باطل بوده است نسبت مستقیمی می بود ، بایع بایستی که دو ثلث از ۶۰۰۰ تومان یعنی ۴۰۰۰ تومان نگاهداشته و یك ثلث آنرا که عبارت از ۲۰۰۰ تومان است بمشتری رد نماید چه نسبت بین دو دانك و ششدانك همان یك ثلث میباشد .

حساب مذکور فوق منحصر بعقد بیع نبوده بلکه باید در هر معامله لازمی که طرف بعنوان تبعض صفقه خیار فسخ داشته باشد معمول گردد . مثلا در عقد اجاره فرض می کنیم که مال الاجاره یکباب خانه مشتمل براندرونی و بیرونی بماهی پنجاه تومان معین شده است و بعد معلوم شود که یکدست آن که از حیث مساحت وقیمت مساوی بادست دیگر است مستحق للغیر بوده ومالك هم عقد اجاره را تنفیذ نکند دراین صورت اگر مستأجر بخواهد معامله را بعنوان تبعض صفقه فسخ نکرده وفقط مال الاجاره را نسبت بقسمتی که اجاره درمورد آن صحیح بوده است تقلیل کند باید مال الاجاره آن یکدست که ملکیت مستأجر نسبت به منافع آن بر قرار میشود علیحده معین گردد . و چون مال الاجاره تمام خانه باعتبار اینکه مشتمل بر بیرونی و اندرونی بوده است ماهی ۵۰ تومان معین شده و مسلماً مال الاجاره یك دست آن بتنهائی ماهی ۲۵ تومان نخواهد بود بنا بر این فرض میکنیم که مال الاجاره یکدست تنها که مالکیت مستاجر نسبت بمنافع آن برقرار مانده است بـه ۲۰ تومان معین گردد در این صورت موجر باید از مال الاجاره به نسبت ۲۰ به ۵۰ یعنی دوخمس نگاهداشته و بقیه را کـه عبارت از سه خمس یعنـی ۳۰ تومان است تقلیل دهـد و یا اگر گرفتـه باشد رد نماید .

۵۱۵ - برای آنکه طرف معامله بتواند بعنوان تبعض صفقه معامله را فسخ کند باید درحین معامله جاهل بان باشد والا حق فسخ نخواهد داشت چنانکه مادهٔ ۴۴۳ دراین موضوع نسبت بعقد بیع مقرر داشته است که «تبعض صفقه وقتی موجب خیار است که مشتری در حین معامله عالم بان نباشد.» ولی بدیهی است که علم مشتری یاهرمعامل دیگری فقط حق فسخ او را ساقط مینماید و نسبت بحقی که برای تقسیط و استرداد عوض دارد مؤثر نخواهد بود چنانکه مادهٔ مزبوره این معنی را در قسمت اخیر خود بیان کرده ومقرر میدارد که «ولی درهرحال ثمن تقسیط میشود»

۱۰ - در خیار تخلف شرط

۵۱۶ - خیارتخلف شرط هماطوری که از اسم این خیار معلوم میشودعبارت است از اینکه متعاملین در ضمن معامله شرطی قید کرده باشند و مشروط علیه عمل به شرط نکند در این صورت مشروط له حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید.

مطابق ماده ۴۴۴ «احکام خیار تخلف شرط بطوری است که در مواد ۲۳۴ الی ۲۴۵ ذکر شده است» موادی که در این مادهٔ اشارهٔ بان شده است موادی است که در فصل راجع بشرایطی که درضمن عقد می‌شود ذکر شده وما مقررات مندرجه در آن‌را قبلا شرح داده‌ایم (بنمرهٔ ۲۷۶ الی ۲۹۰ رجوع شود)

۵۱۷ - باوجود مراتب مذکورهٔ فوق مادهٔ دیگری نیز راجع بخیار تخلف‌شرط موجود است که از جمله مواد مذکورهٔ فوق نمیباشد و آن عبارت است از مادهٔ ۳۷۹ مادهٔ مزبوره از این قرار است «اگر مشتری ملتزم شده باشد که برای ثمن ضامن یا رهن بدهد و عمل بشرط نکند بایع حق فسخ خواهد داشت. و اگر بایع ملتزم شده باشد که برای درک مبیع ضامن بدهد و عمل بشرط نکند مشتری حق فسخ دارد» مفاد این مادهٔ راجع است به شرط فعلی که به نفع احد طرفین در ضمن معامله قید شده و مشروط علیه عمل به آن ننماید. در این صورت مشروط له حق دارد که معامله را فسخ نماید.

۵۱۸ - در موضوع خیار تخلف‌شرط امری که حل آن خالی از اشکال نیست آنست که آیا حق مشروط له برای فسخ معامله در صورت تخلف شرط حق مطلق است

یا حق مقید . یعنی مشروط له میتواند بمحض اینکه تخلف شرط محرز گردید معامله را فسخ نماید ؟ یا اینکه ، در شرط فعل مخصوصاً مشار الیه مقید است بر اینکه قبلا بحاکم رجوع کرده و اجبار مشروط علیه را برای عمل بشرط بخواهد . و اگر اجبار ممکن نشد و عمل هم از جمله اعمالی نبود که انجام آن بتوسط کسی غیر از مشروط علیه ممکن باشد آنوقت از حق فسخ استفاده کند .

حل این اشکال باید به استعانت از مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ و ۲۳۹ بعمل آید واز مجموع مواد مزبوره استنباط می شود که حق فسخ مشروط له حق مطلق نمی باشد و بلکه مشار الیه ، در صورتی که بخواهد از حق فسخ استفاده کند باید قبلا بحاکم رجوع نموده و اجبار مشروط علیه را برای انجام شرط بخواهد . راست است که بموجب ماده ۲۳۷ هر گاه مشروط علیه فعل مشروط را انجام نداد مشروط له میتواند یعنی مختار است کـه بحاکم رجوع کرده اجبار مشروط علیه را بخواهد . و ممکن است از کلمه (میتواند) استدلال نمود که مشروط له در رجوع بحاکم اجباری نداشته و میتواند معامله را هـم بدون رجوع بحاکم فسخ کند . ولی بدیهی است که این استدلال قوی نمی باشدچه اختیاری که بموجب ماده ۲۳۷ نسبت به امکان رجوع بحاکم به مشروط له داده شده است اختیاری نیست که نقطه مقابل آن حق فسخ باشد یعنی مقصود ماده مزبوره اینست که مشروط له بین رجوع بحاکم واخذ به خیار مختار میباشد بلکه نقطه مقابل اختیار مشروط له صرف نظر کردن ازانجام فعل مشروط است و بنا بر این مفاد ماده ۲۳۷ آن است که مشروط له میتواند برای اجبار مشروط علیه بحاکم رجوع کند یا ازانجام فعل مشروط صرف نظر نماید .

تبیر فوق بموجب ماده ۲۳۸و۲۳۹ کاملا تائید میشود . چه درماده ۲۳۸ که راجع است بموردی که اجبار ملتزم بانجام فعل مشروط غیر مقدور وانجام آن بتوسط شخص دیگر مقدور باشد بهیچوجه اشاره بحق فسخ نشده بلکه بطور غیرمستقیم بمشروط له حق داده شده است که بحاکم رجوع کرده و از او تهیه موجبات انجام فعل مشروطرا بخرج ملتزم تقاضا نماید و بالاخره ماده ۲۳۹ صحبت از حق فسخ مشروط له نمیکند مگر در موردیکه « اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد »

پس نظر بمراتب فوق حق مشروط له برای فسخ معامله حق مطلق نخواهد بود و

اگر در مادهٔ ۳۷۹ بطور مطلق وبدون هیچ شرط و قیدی ببایع حق دادهٔ شدهٔ است که در صورت التزام مشتری بدادن ضامن یا رهن برای ثمن، وعدم انجام این التزام ،معامله را فسخ کندنه ازاین نقطه نظر است که حق فسخ بایع حق مطلق میباشد بلکه ازاین نقطه نظر است که قانون دادن رهن یاضامن راازجمله اعمالی محسوب نموده است که انجام آن بتوسط کسی غیرازملتزم مقدور نمیباشد یعنی هیچکس حاضر نمیشود که بعوض مشتری برای ثمن ضامن یا رهن دهدو در اینصورت چون اجبار خود ملتزم هم بانجام این امر در صورتی که خود او حاضر بانجام نباشد امری است غیر مقدور، لذا بایع میتواند مطابق مادهٔ ۲۳۹ معامله را فسخ کند.

فقره دوم

در احکام خیارات بطور کلی

۵۱۹ ــ حق فسخ معامله حقی است مالی و بنابر این قابل انتقال بورثه میباشد. پس اگرمشتری بعداز وقوع بیع ویامستأجر بعدازوقوع اجارهٔ فوت کند ، وبرای اوحق فسخی موجود باشد این حق بورثه او منتقل میشود. چنانکه مادهٔ ٤٤٥ در اینموضوع مقررمیدارد که « هر یك از خیارات بعد از فوت منتقل بوارث می شود » یعنی بعد ازفوت من‌له‌الخیار منتقل بوارث او میگردد

باوجود مراتب فوق ممکن است مواردی پیش آید که خیار قابل انتقال بورثه نباشد وآن‌در دو مورد است که بموجب‌مادهٔ ٤٤٦ و مادهٔ ٤٤٧ پیش بینی شدهٔ.

۵۲۰ ـ مادهٔ ٤٤٦ موردی را پیش بینی کرده است که خیار خیار شرط بودهٔ و بقید مباشرت و اختصاص به شخص مشروط‌له قرار دادهٔ شود یعنی شرط شدهٔ باشد که فقط شخص طرف معامله بالاختصاص حق فسخ دارد لاغیر در این صورت قسمت اخیر مادهٔ مزبورهٔ مقرر میدارد که خیار « منتقل بوارث نخواهد شد » چه منظور طرف مقابل با قید مباشرت مشروط‌له و اختصاص شرط به‌شخص او این بودهٔ است که‌حق فسخ بورثه‌مشروط‌له منتقل نشود و چون این قید را هم خود مشروط‌له قبول کردهٔ است بنا بر این خیار مزبور قابل انتقال بورثه اونخواهد بود.

۵۲۱ ـ مادهٔ ٤٤٧ راجع بموردی است که شرط خیار برای شخص ثالث یعنی کسیکه غیراز متعاملین است برقرار شدهٔ باشد ، دراین صورت نیز خیار فسخ منتقل بورثه

شخص مزبور نمی‌گردد ، چه در صورتی که خیار برای شخص ثالثی برقرار گردد قید مباشرت شخص مزبور ضمناً مورد تراضی طرفین بوده ومقصود آنها مختص کردن خیار به شخص مزبور میباشد ونه بورثه او بعداز فوت او . بعبارة اخری دراین مورد ممکن است وضعیت مشروط له را بوضعیت وکیل تشبیه نمود و وکالت هم ازاموری نیست که بفوت وکیل منتقل بورثه او شود .

۵۲۲ ــ همانطور که حق فسخ حق مالی بوده و بطور کلی وبجز در موارد خاصه قابل انتقال بورثه است ، همان طور هم قابل اسقاط میباشد ، و هریك از متعاملین که خیاری به نفع او موجود باشد میتواند ازاین حق صرف نظر کرده وآنرا ساقط کند .

سقوط تمام یا بعضی از خیارات را ممکن است در ضمن عقد شرط نمود (ماده ۴۴۸) مثلا درضمن عقد بیع شرط کرد که بایع ازحیث تاخیر ثمن ویا مشتری ازحیث غبن حق فسخ نخواهد داشت، ونیز ممکن است که بعداز عقد، بایع از خیار تاخیر ثمن، و یا مشتری از خیار عیب صرف نظر کرده و این حق خودرا ساقط نماید .

۵۲۳ ــ در هر حال همینکه برای احد متعاملین حق فسخی موجود گردید در اثر داشتن این حق میتواند معامله را فسخ نماید و فسخ معامله ممکن است صریح یا ضمنی باشد ولی در هر صورت لفظ یا فعلی‌که حکایت از فسخ مینماید باید دلالت بر فسخ داشته باشد ، چنانکه ماده ۴۴۹ مقرر میدارد که « فسخ بهر لفظ یا فعلی‌که دلالت بر آن نماید حاصل می شود »

۵۲۴ ــ غالباً اعمالی که حکایت از فسخ یا عدم فسخ مینماید تصرفاتی است که صاحب حق فسخ در مورد معامله میکند و مطابق ماده ۴۵۰ هر تصرفی که نوعاً کاشف از امضای معامله باشد امضای فعلی یعنی امضای عملی محسوب است « مثل آنکه مشتری که خیار دارد با علم به خیار مبیع را بفروشد یا رهن بگذارد . » پس بموجب این ماده برای اینکه تصرف مشتری در مبیع مثلا حکایت از اسقاط خیار نماید باید با علم بهخیار واقع گردد . بنا بر این اگر قبل‌از ظهور عیب مشتری مبیع را رهن گذارد و بعد عیب کشف شود این عمل مشتری کاشف از اسقاط خیار و امضای فعلی بیع نخواهد بود و مشارالیه میتواند مرتهن را بنحوی از انحاء، مثلا با تبدیل مال مرهون بمال دیگر ، راضی کرده و بیع را فسخ کند .

۵۲۵ ـ همان طور که هرتصرف کاشف از رضای بمعامله امضای فعلی محسوب است ، هر تصرفی هم که نوعاً کاشف از بهم زدن معامله باشد مطابق مادهٔ ۴۵۱ فسخ فعلی است ، یعنی حکایت از فسخ عملی معامله مینماید مثلا اگر بعد از قبض مبیع مشتری در آن کشف عیبی نماید که در حین معامله عالم به آن نبوده ومبیع را نزد بایع فرستاده مطالبه ثمن را بنماید این اقدام او کاشف از فسخ فعلی معامله خواهد بود .

۵۲۶ ـ در بعضی از معاملات ممکن است برای هر دو طرف خیار فسخی موجود بوده ویکی از متعاملین معامله را فسخ و دیگری آنرا امضا نماید در این صورت مطابق مادهٔ ۴۵۲ معامله منفسخ میشود .

۵۲۷ ـ نظر به مطالب مندرجه فوق تصرفاتی که کاشف از فسخ یا امضای فعلی نباشد نمی‌تواند درخیار فسخ نفیاً یا اثباتاً مؤثر باشد مثلا اگر مشتری در سر یکسال از تاریخ بیع حق فسخ بیع را داشته باشد و مبیع را برای همان مدت یا مدت کمتری اجاره دهد این عمل او کاشف از اسقاط خیار نخواهد بود ولی برعکس اگر مدت اجاره را بیش از یکسال قرار داده و در رأس مدت مزبور هم برای خود حق فسخی محفوظ نداشته باشد این عمل او ممکن است کاشف ازاسقاط خیار باشد .

در هر صورت ممکن است مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بعد از آن بیع فسخ شود ، در این صورت مطابق مادهٔ ۴۵۴ « اجاره باطل نمی شود مگر اینکه عدم تصرفات ناقله درعین ومنفعت برمشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده باشد که در این صورت اجاره باطل است . »

فسخ بیع بعداز اجاره ممکن است دراثر خیار مشتری بعمل آید یا در اثر خیار بایع . در صورت اول امکان فسخ متوقف است براینکه عقد اجاره کاشف ازاسقاط خیار مشتری نباشد مثلا بعداز اجاره دادن مبیع مشتری عیب قدیمی در آن کشف نماید که در حین معامله عالم به آن نبوده است والا اگر عقد اجاره را بنحوی که فوقاً مذکور شد بتوان حمل برامضای معامله واسقاط خیار نمود دیگر نمی توان صحبت ازفسخ بمیان آورد.

در صورت دوم یعنی در صورتی که فسخ در اثر خیار بایع بعمل آید اگر چه مادهٔ ۴۵۴ بطور مطلق عدم بطلان اجاره را تصریح نموده و بطلان آنرا فقط درموردی مقرر میدارد که « عدم تصرفات ناقله درعین ومنفعت برمشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده

باشد » ولی ماده ۵۰۰ که از جمله مواد راجع به فصل اجاره است این اطلاق را مبدل به تقیید نموده و مقرر میدارد که « در بیع شرط مشتری میتواند مبیع را برای مدتی که بایع حق خیار ندارد اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار بایع باشد باید بوسیله جعل خیار یا نحو آن حق بایع را محفوظ دارد والا اجاره تا حدی که منافی باحق بایع باشد باطل خواهد بود . »

پس نظر بمراتب فوق هرگاه مشتری مبیع را اجاره دهد و بعد بیع فسخ شود اجاره باطل نمی گردد مگر در دو مورد :

۱ – در صورتی که عدم تصرفات ناقله درعین و منفعت برمشتری صریحاً یاضمناً شرط شده باشد .

۲ – در صورتی که بیع بیع شرط بوده و اجاره منافی باحق بایع باشد کهدر این صورت فقط تا اندازهٔ که منافی باحق بایع بوده است باطل می شود مثلا اگربایع حق داشته باشد که در سر شش ماه از تاریخ بیع مثل ثمن‌را بمشتری رد نموده وبیع را فسخ کند ومشتری هم مبیع را برای مدتیکه بیشتر از شش ماه است اجاره داده باشد دراین صورت اگر بایع اخذ به خیار نماید اجاره شش ماه اول صحیح و مازاد آن باطل خواهد بود زیراکه مازاد بر شش ماه منافی با خیار بایع است .

۵۲۸ – ممکن است مشتری بعوض آنکه بعد از عقد بیع مبیع را اجاره دهد ، آنراکلا یا جزأً متعلق حق غیر قرار دهد ، مثلا تمام یا قسمتی ازمبیع را نزدکسی رهن گذارد ، در این صورت مطابق مادد ٤٥٥ « فسخ معامله موجب زوال حق شخص‌مزبور نخواهد بود مگر اینکه شرط خلاف شده باشد . » چه اساساً و بطوریکه در ضمن‌اثرات عقود مذکور شد عقود واقعه بین دو نفر فقط در باره متعاملین و قائم مقام قانونی آنان مؤثر است و بنابراین اگر مشتری مبیع را متعلق حق شخص ثالثی قرار دهد فسخ بیع که شخص مزبور نسبت به‌آن اجنبی محسوب است نمی تواند درباره او تولید اثر کند معذلك و باوجود اطلاق ماده مذکور فوق ماده ٤٦٠ که در فصل راجع به بیع شرط است مقرر میدارد که « در بیع شرط مشتری نمی تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید » بنابراین همانطوریکه در بیع شرط مشتری نمی تواند مبیع را بنحوی که منافی باخیار بایع باشد اجاره دهد همان طور نیز نمی تواندد

مبیع تصرف دیگری از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید که با خیار بایع منافی باشد وچون اعطاء حق عینی به غیر نسبت به مبیع منافی با خیار بایع است لذا رهن مبیع دربیع شرط صحیح نخواهد بود .

۵۲۹ ــ بالاخره ممکن است که بعد از عقد بیع و تسلیم مبیع، عینی که موردبیع بوده است در زمان خیار تلف یا ناقص شود در این صورت باید معلوم نمود که خسارات حاصله از تلف یا ناقص شدن مبیع متوجه بر بایع خواهد بود یا متوجه بر مشتری .

برای حل این مطلب باید بین خیارات مختلفه فرق گذاشته شود. چه از نقطه نظر زمان، خیاراترا میتوان بردو قسم تقسیم نمود : خیاراتی که برای آنها ممکن استتصور زمان نمود و خیاراتی که در مورد آنها نمی توان قائل برزمان گردید . خیارات ازقسم اول عبارت است اولا از خیار مجلس که بموجب آن مادام متبایعین از هم متفرق نشده اند میتوانند معامله را فسخ کنند ـ ثانیاً از خیار حیوان که مطابق آن مشتری در ظرف سه روز حق دارد بیع حیوان را فسخ نماید ـ ثالثاً از خیار شرط که مدت آن بسته به تراضی طرفین است و رابعاً از خیار تأخیر ثمن که مدت آن مطابق مادهٔ ۴۰۲ عبارت است از سه روز .

برای خیارات دیگر غیر از آنچه که مذکور شد نمی توان قائل برزمان گردید زیرا مادام که موجب خیار معلوم نشده است وجود خیاری را نمی توان تصور نمود وبه محض اینکه موجب خیار مثلا غبن یا عیب یا تدلیس کشف گردید طرفی که حق خیار دارد باید فوراً از حق خود استفاده کند و الا خیار ساقط خواهد بود . پس بطورکلی نمی توان در مورد این خیارات تلف شــدن مبیع را در زمان خیار تصور نمود و فقط در مورد خیار مجلس و خیار حیوان و خیار شرط و خیار تأخیر ثمن است کــه تلف یا ناقص شدن مبیعرا در زمان خیار میتوان تصور نمود .

نسبت بخیار مجلس وحیوان وشرط مادهٔ ۴۵۳ مقرر میدارد که دراین سه خیار «اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یاناقص شود بر عهدهٔ مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یانقص بعهدهٔ بایع است .» پس بموجب این مادهٔ در مورد خیارات سه‌گانه فوق طرفی باید خسارات ناشیه‌از تلف یا ناقص شدن مبیعرا متحمل گردد که خیار ندارد و اگر خیار مختص باحد متعاملین نبودهٔ بلکه بنفع هر دو

طرف موجود باشد مثل خیار شرطیکه برای هر دو طرف قیدشده باشد یا خیار مجلس در اینصورت تلف یا نقص بر عهده مشتری است . لیکن این نکته بدیهی است که تلف یا نقص باید بدون تفریط و یا تعدی از طرف مشتری که متصرف مبیع است حادث شده باشد و الا در هرحال خود مشتری مسؤل خواهد بود .

پس نظر بمراتب فوق اگر فرض کنیم که مبیع حیوان بوده و بمشتری هم تسلیم شده است ودر زمان خیار یعنی در ظرف سه روز از تاریخ عقد بدون تقصیر مشتری تلف گردیده در اینصورت چون خیار مخصوص مشتری است تلف از کیسه بایع خواهد بود و همچنین اگر خیار شرطی باشد که برای هر دو طرف قید شده است و مبیع بعد ازتسلیم تلف شود خسارات ناشیه از این حادثه نیز بعهده مشتری است .

علت ترتیب فوق آنست که بمحض وقوع بیع مبیع ملك مشتری میگردد و قاعده اقتضا مینماید که اگر مال یکنفر بدون تقصیر دیگری تلف یا ناقص گردد خسارات ناشیه از این امر متوجه بخود مالك بشود .

نتیجه استدلال فوق بایستی آن باشد که درصورت مختص بودن خیار بمشتری هم تلف باید از مال او باشد و نه از مال بایع و حال آنکه ماده ٤٥٣ که فوقاً مذکور گردید خسارات تلف یا نقص مبیع را در اینصورت متوجه بایع میکند و نه بمشتری . اگر چه برای توجیه این تصمیم قانون ممکن است استدلال شود که چون مشتری باجعل خیار بنفع خود التزام خود را به بیع محرز نکرده و بنا بر این مالك قطعی مبیع نشده و تلف یا نقص آن باید تحمیل ببایع گردد ولی با تصریح فقره اول ماده ۳٦۲ که بموجب آن « بمجرد وقوع بیع مشتری مالك مبیع .... میشود » وبا صراحت ماده ۳٦۳ که مطابق آن در عقد بیع وجود خیار مانع انتقال نمیشود ، استدلال فوق نمی تواند استدلال قوی محسوب گردد ، پس برای توجیه مندرجات ماده ٤٥۳ راجع به موقعیکه خیار مختص مشتری بوده و خسارات ناشیه از تلف یانقص مبیع باید ببایع تحمیل گردد لازم است بگوئیم که در اینصورت عقد منفسخ می شود وبایع باید ثمنرا بمشتری رد نماید چنانکه در مورد ماده ۳۸۷ نیز همین انفساخ یکی از دلائل تحمیل خسارات ناشیه از تلف شدن مبیع است به بایع .

۵۳۰ ــ راجع بچهار تاخیر ثمن که از حیث داشتن زمان در عرض خیار

مجلس و خیار حیوان و خیار شرط است ، ماده ٤٥٣ حکمی بیان نکرده و علت این سکوت آنست که اولا ماده مزبوره ناظر است بموردی که مبیع بعد از تسلیم ودرزمان خیار تلف یا ناقص شود و بموجب ماده ٤٠٤ همینکه مبیع تسلیم گردید دیگر خیار تاخیر ثمن وجود نخواهد داشت پس تلف شدن مبیع در زمان خیار تاخیر ثمن خارج ازموضوع ماده ٤٥٣ میباشد ثانیاً حکم این مورد را ماده ۳۸۷ تقریباً بیان نموده است چه مطابق ماده مزبوره « اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید بمشتری مسترد گردد . . . »

پس معلوم میشود که اگر مبیع درزمان خیار تاخیر ثمن تلف گردد تلف از کیسهٔ بایع خواهد بود ونه از کیسه مشتری . اگر چه علت این ترتیب قبلا درضمن توضیحات راجعه به ماده ۳۸۷ بیان شده است ولی از مفاد خود ماده هم معلوم است که از اثر انفساخ عقد خسارات ناشیه تحمیل به بایع می شود چه در ماده مزبوره صریح است که « بیع منفسخ و ثمن باید بمشتری مسترد گردد »

۵۳۱ ـ بطوریکه تا بحال چندین مرتبه ذکر شده است خیار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن مخصوص عقد بیع بوده وخیارات دیگر مشترک بین تمام عقود است ولی بدیهی است که تصور خیار فقط در عقود لازمه ممکن است چه عقود جایزه طبعاً و بدون احتیاج بوجود خیار خاصی قابل فسخ است و بهمین جهة است که ماده ٤٥٦ مقرر میدارد : « تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خیار مجلس و حیوان وتأخیر ثمن که مخصوص بیع است . »

۵۳۲ ـ بالاخره ماده ٤٥٧ مقرر میدارد که « هر بیع لازم است مگر این که یکی از خیارات در آن ثابت شود . » اگر چه این ماده ظاهراً از جمله توضیح واضحات بنظر می آید ولی چون در هیچ ماده از قانون قاعده اصالت اللزوم یعنی اصل بودن لزوم در عقود صریحاً ذکر نشده است لذا ماده مزبوره خواسته است که این اصل را در مورد بیع به خصوص که محتاج الیه عامه است بیان نماید

فصل دوم

در بیع شرط

۵۳۳ - اگر چه با مقررات خاصه راجعه به خیار شرط که قبلا مذکور گردید، تصور نمیرفت که در قانون مدنی تخصیص دادن یك فصل به معامله بیع شرط لازم باشد. چه بطوریکه ملاحظه خواهد شد شرط مذکور در این معاملههم یکی از انواع خیارشرط است که قید آن در عقد بیع موافق مقررات راجعه به این خیار ممکن میباشد ، لیکن نظر به اینکه معامله بیع شرط مبتلابه مردم بوده و در مسائل اقتصادی مملکت تأثیرات مهمی دارد ، لذا قانون مزبور خواسته است که فصل مخصوصی بـه این معامله اختصاص یابد.

از مفاد مادهٔ ۴۵۸ میتوان برای بیع شرط تعریف ذیل را استخراج نمود :

بیع شرط عقد بیعی است که بموجب آن متبایعین شرط می کنند که هرگاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد نماید حق فسخ معامله را نسبت بهتمام مبیع داشته باشد و یا شرط می کنند که هرگاه بایع در مدت معینی بعض مثل ثمن را رد نماید خیار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعض مبیع داشته باشد. مادهٔ مذکور فوق از قرار ذیل است :

« در عقد بیع متعاملین می توانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معینیتمام مثل ثمن را به مشتری رد کند خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد و هم چنین میتوانند شرط کنند که هرگاه بعض مثل ثمن را رد کرد خیار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعض مبیع داشته باشد . در هرحال حق خیار تابع قراردادمتعاملین خواهد بود . وهرگاه نسبت به ثمن قید تمام یا بعض نشده باشد خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن . »

۵۳۴ - ازمادهفوق معلوم میشود که بیع شرط یکی از انواع بیع خیاری است و اگر بایع در مدت معین عمل به شرط کرد معامله فسخ و مبیع به خود او منتقلمیگردد و اگر برعکس عمل به شرط ننمود بیع قطعی و مشتری مالك قطعی مبیع میشود چنان

که همین مطلب بموجب ماده ۴۵۹ تصریح شده است چه ماده مزبوره مقرر میدارد که « در بیع شرط به مجرد عقد مبیع ملك مشتری می شود باقید خیار برای بایع بنابراین اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل نه نماید بیع قطعی شده و مشتری مالك قطعی مبیع می گردد واگر بالعکس بایع به شرایط مزبوره عمل نماید ومبیع را استرداد کند ازحین فسخ مبیع مال بایع خواهدشد ولی نماآت و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است . »
علاوه بر اینکه از ماده فوق خیاری بودن بیع شرط معلوم می گردد ونیز مستفادمی‌شود که در بیع شرط مشتری به مجرد وقوع بیع مالك مبیع می شود چنانکه همین نکته قبلا و در ضمن ماده ۳۶۴ مذکور گردیده و بموجب آن « در بیع خیاری مالکیت ازحین عقد بیع است نه از تاریخ انقضاء خیار . » پس اگر در بیع شرط بایع عمل به شرط ننمود مشتری از تاریخ عقد مالك مبیع محسوب است ونه از تاریخ انقضاء مدتی که در ظرف و یادر انقضاء آن برای بایع خیار فسخ موجود بود و برعکس اگر بایع عمل به شرط کرد از تاریخ فسخ مالك مبیع خواهد شد. نتیجه این حکم آنست که نماآت و منافع مبیع که از تاریخ عقد تاحین فسخ حاصل شده باشد متعلق به مشتری خواهد بود و همین حکم در ذیل ماده ۴۵۹ بیان شده لیکن چون جملهٔ که مبین آنست با کلمه (ولی) به جملات سابق وصل شده لذا در ظاهر مثل این است که حکم قسمت اخیر استثناء از حکم قسمت اول ماده است و حال آنکه حکم اخیر نتیجه حکم اول است .

۵۳۵ ـ در هر صورت نتیجه مالك بودن مشتری از تاریخ عقد بایستی آن‌باشد که مشتری بتواند هر تصرفی که بخواهد در مبیع بنماید و حال آنکه ماده ۴۶۰ خلاف این ترتیب را تصریح کرده و مقرر میدارد که « در بیع شرط مشتری نمی تواند در مبیع تصرفی که منافی با خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید . » حکم‌مندرج در این ماده همان حکمی است که بموجب ماده ۱۳۲ برقرار شده است یعنی مالك نمی تواند در ملك خود تصرفی نماید که مستلزم تضرر غیر باشد و چون در بیع شرط بعضی از تصرفات که از آن جمله نقل‌وانتقال مبیع است. منافی‌با خیار بایع بوده و مستلزم‌تضرر او میباشد لذا قانون مشتری را ممنوع نموده است چنانکه ماده ۵۰۰ نیز همین‌حکم را در مورد اجاره معمول و مجری داشته است

۵۳۶ ـ ممکن است در بیع شرط بایع برای رد ثمن و استفادهٔ از حق خیار حاضر باشدولی‌مشتری برای‌اینکه‌موعد منقضی‌وبیع قطعی گردد به‌اخذ آن‌حاضر نشوددراین‌صورت مادهٔ ٤٦١ حکم مذکور در مادهٔ ۲۷۳ را که در مبحث راجع بوفاء بعهد مذکور شد و بموجب آن حاکم یاقائم مقام او جای ممتنع رامیگیرد تکرار کردهٔ مقررمیدارد که « اگر مشتری در زمان خیار از اخذ ثمن امتناع کند بایع میتواند با تسلیم ثمن بحاکم یا قائم مقام او معامله را فسخ کند . » وبدین طریق بایع میتواند از سوء قصد مشتری که‌شاید باطناً مایل بتملك قطعی مبیع استجاو گیری نماید .

۵۳۷ ـ و نیز ممکن است مشتری قبل از اینکه بایع عمل بشرط نماید فوت کند در این صورت مطابق مادهٔ ٤٦۲ حق فسخ بایع در مقابل ورثه مشتری بهمان ترتیبی که بوده است باقی خواهد بود بدلیل اینکه ور اث مشتری قائم مقام قانونی مشتری می- باشند و همانطور که بایع میتوانست در مقابل خود مشتری عمل بشرط کردهٔ و از حق خیار خود استفادهٔ نماید همان طور نیز می تواند که در مقابل ورثه مشتری از این‌حق استفادهٔ کند .

اگر چه مادهٔ مزبوره از انتقال حق فسخ بایع بورثه او صحبتی ننمودهٔ است ولی بدیهی است که حق‌فسخ قابل‌انتقال بورثه بودهٔ و ورثه بایع نیز میتوانند در مقابل مشتری از حق فسخ مورث‌خود که‌ارثاً بانها منتقل‌شدهٔ است استفادهٔ کنند چنانکه همین مطلب بطور کلی درضمن مادهٔ ٤٤۵ تصریح و توضیح گردیدهٔ .

۵۳۸ ـ مطابق مادهٔ ٤٦۳ « اگردربیع شرط معلوم‌شود که قصد بایع حقیقت بیع نبودهٔ است احکام بیع در آن مجری نخواهد بود »

قبل از ورود بتوضیحات راجعه باین مادهٔ مقتضی است باشکال مختلفهٔ که معامله بیع شرط به مرور ایام به‌خود گرفته است مختصراً اشارهٔ شود .

در بدو امر عقد بیع شرط عقد بیع حقیقی بودهٔ که درآن بایع حقیقتاً قصدانتقال مبیعرا بمشتری داشت منتهای مراتب برای پیش بینی از بعضی حوادث که ممکن بود- بایعرا از این انتقال منصرف نماید . بایع شرط میکرد که هر گاه در مدت معینی مثل ثمنرا بمشتری رد کرد حق فسخ بیع را داشته باشد . بعد از مدتی که عقد بیع شرط با همین حقیقت سادهٔ خود بین مردم متداول‌بود احتیاجات افراد آنرااز این حقیقت‌منحرف

ساخت . توضیح آنکه گردش امور اقتصادی هر ملتی ایجاب مینماید که ثروت اشخاص از حال رکود خارج شده و بجای اینکه هر کس از وجوه متعلقه بخود تشکیل کنزی دهد آنرا بجریان اندازد تا تولید منفعت کند و با ممنوعیت معاملات ربوی نیل باین مقصود تقریباً غیر ممکن شده و هیچکس حاضر نمیگردید که باشخاص محتاج بسرمایه ، حتی بااخذ وثایق معتبره هم ، وجهی قرض دهد . بنا بر این ، راهی که ارباب احتیاج اختراع نمودند عبارت از این شد که عقد بیع شرط رااز حقیقت ساده اولیه خود منحرف نموده ، وآنرا از یك طرف برای ایجاد وثیقه دین ، واز طرف دیگر برای امکان اخذ تنزیل مشروع استعمال کنند ، و بدینطریق هر محتاج بپولی که بدون دادن وثیقه ومخصوصاً بدون دادن تنزیل موفق بتهیه سرمایه نمیشد ، ملك خود را بصیغه بیع شرط ولی بقصد وثیقه بصاحب سرمایه منتقل مینمود . و چون مقصود بایع استقراض بوعده معین بود ونه انتقال حقیقی لذا برای خود در مدت معین خیار فسخ شرط میکرد که اگر ثمن مأخوذ یعنی در حقیقت وجه استقراضی را درمدتمزبورمسترد نماید ، بیع را فسخ کند . و چون از طرف دیگر مقصود مشتری هم دادن قرضی با اخذ وثیقه وتنزیل بود ، لذا مشتری نیز برای مشروعیت تنزیل مبیعرا بخود بایع و برای مدت مقرر بین طرفین اجاره میداد و چیزیکه در این معامله کاملا از عدم قصد بیع حکایت مینماید تعیین مقدار ثمن و مقدار مال‌الاجاره است . چه نه قیمت مقرر بین‌طرفین متناسب باقیمت واقعی مبیع میباشد ، ونه مال‌الاجاره ، متناسب با منافع حقیقی عین مستأجره . مثلا اگر کسی احتیاج بیکهزار تومان داشته باشد ملکیرا که چهار یاپنج‌هزارتومان‌قیمت‌دارد بصیغه بیع‌شرط بیك‌هزار تومان میفروشد وسپس آنرا ببیست تومان مثلا اجاره‌میکند ، وحال آنکه نه‌قیمت‌حقیقی ملك‌یکهزار تومان‌است ونه‌مال الاجاره‌عادلانه‌آن بیست تومان ، بلکه این قیمت معادل با مبلغی است که بایع یعنی مقترض ، احتیاج به‌آن دارد ، و این مال الاجاره معادل با تنزیل صدی بیست و چهار است که بین طرفین مقرر شده .

در نتیجه پیش آمد مذکور فوق تقریباً تمام معاملات استقراضی مبدل بمعامله بیع‌شرط گردید ، ولی متأسفانه اگر در رأس و عده بایع ، که صورتاً بایع و حقیقتاً مقترض بود ، برد ثمن و مال‌الاجاره مبیع یعنی به رد وجه استقراضی و تنزیل آن ، موفق نمی شد ، مشتری بجای اینکه از قیمت مبیع که در حقیقت وثیقه طلب او بود معادل طلب خود را

استیفاء و بقیه را ببایع رد نماید ؛ بعقد بیع شرط واقعی مستند شده و تمام مبیع را در ازاء ثمن بخسی تملك میکرد . و چون بایع بد بخت هم‌در مقام اضطرار تمام خیارات متصوره حتی خیار غبن فاحش بل‌افحش را ساقط مینمود لذا برای او بـاب ادعای غبن هم مسدود میگشت.

در مقابل این وضعیت ناگوار تاب مقاومت مردم بانتها رسید وبرای جاوگیری از مشتریهای صوری که جز مقرضین بی انصاف نبودند در زمان ناصرالدین شاه فرمانی صادر شد که بموجب آن دیوان‌خانهای عدلیه یعنی محاکم‌وقت مجاز نبودند در معاملات بیع‌شرطی حکم بدهند که مشتری تمام مبیعرا تصرف نماید ، بلکه بایستی از عین یاقیمت مبیع وجهی را که ببایع داده بود با مال الاجاره مقرره بین طرفین استیفاء کرده مازاد متعلق بخود بایع باشد .

فرمان مزبور بجای اینکه تولید رفاه نماید سختی جدیدی را ایجاد کرده چه دراثر آن صاحبان سرمایه دیگرحاضر نمیشدند به‌اینکه‌بامعامله بیع شرط معمولی وجهی قرض دهند و از مقترضین تقاضا میکردند که مبیعرا ببیع قطعی بانها منتقل کنند منتهای مراتب چون قصد طرفین انتقال واقعی نبود مشتری صوری که‌مقرض حقیقی بود ببایع ظاهری که مقترض واقعی بود وکالت خارجی میداد که هرگاه در سر وعده ثمن مقرر و مال‌الاجاره زمـان گذشته یعنی وجه استقراضی و تنزیل آنرا رد نماید ازطرف مشتری وکالت دارد که‌مبیع را مجدداً بخود انتقال دهد و باین طریق معامله از صورت بیع شرط که فرمان مذکـور شامل آن می گردید خارج و بصورت بیع قطع‌باشرط وکالت خارج در آمد و در اثر این حیله شرعی جدید محاکم شروع نمودند باینکه درصورت عدم انجـام شرط مشتریرا مالك‌قطعی مبیع‌بدانندو برای جاوگیری‌ازوضعیت‌مزبورفوق است که‌ماده ٤٦٣ صراحتاً مقررمیدارد که هر گاه در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع‌نبوده احکام بیع در آن‌مجری نخواهد بود .

۵۳۹ ـ متأسفانه ماده مزبوره که این قسم معامله را از اقسام بیع حقیقی خارج و احکام این عقد را شامل آن نمینماید . در موضوع اینکه معامله مزبوره تـابع احکام کدام عقد خواهد بود اختیار سکوت کرده است ، و در مقابل این سکوت‌ممکن است ادعا نمود که مقصود از ماده ٤٦٣ اخبار از بطلان بیع شرطی است که در آن

قصد بایع حقیقت بیع نبوده باشد . ولی بدیهی است که اگر مقصود اعلام بطلان این عقد بود قانون صراحتاً آنرا بیان میکرد چنانکه درهر مورد دیگری که از موارد بطلان عقد است از ذکر صریح بطلان خود داری ننموده است . بعلاوه سوق عبارت و مخصوصاً این جمله که (احکام بیع در آن مجری نخواهد بود) مبین این نکته است که بهیچ وجه مقصود بطلان عقد نبوده و بلکه مطیع ساختن آن باحکامی بوده غیر ازاحکام عقد بیع و بالاخره با حکم صریح ماده ۲۲۳ که قاعده اصالت صحت [illegible] کرده و مقرر میدارد که هر معامله محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود چگونه میتوان حکم ببطلان این معامله داد . پس درصحت معامله نمی توان تردیدنمود منتهای مراتب باید معلوم کرد که این معامله تابع احکام کدام عقد خواهد بود .

برای تشخیص این موضوع باید باصل کلی که عقود را تابع قصد متعاملین می‌نماید رجوع کنیم . البته اگر مسلم باشد که قصد بایع حقیقت بیع نبوده ، امر از دوحال خارج نخواهد بود : یا متعاملین قاصد هیچ عقد دیگری نبوده و اقدام بامر لغوی نموده‌اند ، و یا در حقیقت عقد دیگری را قاصد بوده وبعقد مقصود برای تحصیل نتایجی که مستقیماً از خود آن عقد حاصل نمیشود لباس دیگری پوشانیده‌اند . قبول فرض اول با قاعده اصالت صحت منافی بوده و حاکم قضیه نمیتواند با نبودن قرائن قطعیه حکم دهد که متعاملین قاصد هیچ عقدی نبوده و اقدام بامر لغوی نموده اند پس باید بمقصود واقعی آنها پی برده و معامله واقعه بین آنها را با مقصود مزبور تطبیق کند.

اگر چه از مطالبی که فوقا بعنوان تاریخچه بیع شرط مذکور گردید واضح و معلوم است که مقصود بایع از این معامله دادن وثیقه و اقتراض بوده و مقصود مشتری اخذ وثیقه در مقابل قرضی که میدهد و مشروع ساختن تنز یلی که اخذ مینماید .

معذالك و خوشبختانه ماده دوم قانون ٦ دیماه ۱۳۰۷ که متمم قانون ثبت املاك است همین نظر را تائید کرده و تقریباً بطور غیر مستقیم بحکام محاکم ارائه طریق مینماید که در معاملات بیع شرطی قصد طرفین بطریق مذکور فوق بوده و باید معاملات مزبوره تابع احکام رهن بشود.

ماده مذکور از قرار ذیل است :

« نسبت باملاکی که باشرط خیار یا بعنوان قطعی و باشرط نذر خارج و باشرط و کالت منتقل»
«شده است و بطور کلی نسبت باملاکیکه بعنوان صلح یا بهرعنوان دیگر باشرط استرداد »
«انتقال داده شده و مدت خیار یا عمل بشرط و بطور کلی مدت حق استرداد هنوز »
« باقی است انتقال دهنده حق دارد تقاضای ثبت نماید ولی مکلف است حق طرفرا نیز »
« در تقاضا نامه خود قید کند و این حق در ضمن اعلان با تصریح به اسم طرف »
«ذکر خواهد شد . »

« هر گاه انتقال دهنده در ظرف مدت بخواهد ازحق خود استفاده کند باید با »
« اطلاع اداره ثبت محل ملك اقدام نماید . »

« اگر انتقال دهنده در ظرف مدت از حق خود استفاده نکرد طرف میتواند»
« صدور سند مالکیت قطعی خود را نسبت به ملك مورد معامله که در دفتر املاك »
« باسم انتقال دهنده ثبت شده است تقاضا نماید »

« اداره ثبت تقاضای طرف را بانتقال دهنده ابلاغ کرده و هرگاه انتقال دهنده »
« تا دو هفته از تاریخ ابلاغ ...مخالفتی نکرد تعلق قطعی ملك را بطرف در دفتراملاك »
« ثبت نموده سند مالکیت قطعی باو خواهد داد »

« اگر انتقال دهنده تا دو هفته از تاریخ ابلاغ ادعا کرد که تفاوت بین قیمت »
« واقعی ملك در روز انقضای مدت حق استرداد و قیمت مقرر بین طرفین از خمس »
« قیمت واقعی در روز انقضای مدت بیشتر است باید در ظرف یك ماه به محکمه صالحه»
« رجوع کند . هر گاه محکمه تفاوت قیمت را معادل خمس یا کمتر دید حکم خواهد »
« داد اداره ثبت املاك ملك را بطور قطعی باسم طرف ثبت نماید و هر گاه تفاوت را »
« بیش از میزان فوق دید و طرف نیز تا یك ماه از تاریخ اخطار برای تأدیه مازاد »
« از خمس حاضر نشد محکمه حکم به رد قیمت مقرر بین طرفین و اجرت المثل قانونی»
« خواهد داد . در این صورت هر گاه انتقال دهنده محکوم بهرا نپرداخت حکم مطابق»
« مقررات اصول محاکمات حقوقی اجرا شده وطرف در استیفای حق خود (محکوم به)»
« از عین یا قیمت ملك مورد معامله بر هر طلبکار دیگر انتقال دهنده مقدم خواهد بود»
قانون مزبور راجع است به املاکی که نسبت به آنها تقاضای ثبت شده باشد ، و از این

حیث ممکن است ادعا نمود که مفاد آن باید فقط در مورد منصوص خود اجرا شود و نه در مورد هر بیعی که بایع بنحوی از انحاء برای خود حق استرداد مبیع رامحفوظ داشته باشد. ادعای ماهم عکس این نکته نبوده و ما متوقع نیستیم همینکه معاملهٔ به عنوان بیع با جعل حق استرداد برای بایع واقع شد ، اعم از اینکه بعنوان بیع شرط یا به عنوان بیع قطعی ولی باشرط نذر یا شرط وکالت خارج باشد ، محکمه مفاد این ماده را بموقع اجرا بگذارد ، لیکن اگر با قرائن موجوده از قبیل عدم تناسب بین قیمت مقرر بین طرفین و قیمت حقیقی مبیع ، ویا عدم تناسب بین مال الاجاره مقرر و منافع عادلانه عین مستأجره ، و یا از قبیل آنکه مبیع ، حتی در صورت اقاله و تجدید معامله هم ، جز به شخص بایع به کس دیگر اجاره داده نشده است ، معلوم و واضح گردد که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است و محکمه هم نتواند با دلائل متقنه حکم به بطلان معامله دهد ناچار خواهد بود که به حکم ماده ۴۹۳ قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۳۲۹ هجری استناد کرده و برطبق روح و مفاد عمومی قوانین محاکمه مطروحه را قطع و فصل کند ، در این صورت ، مخصوصاً بارعایت تنقیح مناط چاره جز این نخواهد داشت که روح ماده دوم قانون ۶ دیماه ۱۳۰۷ را که فوقاً مسطور گردید در نظر گرفته حکم دهد .

پس بطور کلی معلوم می شود که اولا مقصود از ماده ۴۶۳ قانون مدنی ایجاد مشکل جدیدی نبوده بلکه احاله امر به قصد طرفین میباشد و قاضی باید به قصد آنها پی برده و معامله را منطبق با احکام عقدی نماید که مقصود طرفین بوده است و ثانیاً مقصود از ماده دوم قانون ۶ دیماه ۱۳۰۷ نیز آن بوده است که حتی المقدور قصدطرفین را به حاکم قضیه ارائه دهد چنانکه همین منظور قبلا در ماده الحاقیه قانون دهم ابان ماه ۱۳۰۵ موجود بوده است چه ماده مزبوره مقرر میداره که حداکثر وجهی که در معاملات استقراضی بعنوان حق الحفاظه و مال الصالح و مال الاجاره معمول میباشد صدی ۱۲ خواهد بود و محاکم عدلیه نسبت به مبالغی که علاوه بر میزان فوق قرار داده شود حکم نخواهند داد و بدیهی است که مقصود از مال الاجارهٔ که در معاملات استقراضی معمول میباشد همان مال الاجاره مبیع است در معاملات بیع که صورتاً بیع باحق استرداد مبیع برای بایع است و حقیقتاً دادن رهن و استقراض وجه با تنزیل

برای تشخیص قصد متعاملین مادهٔ دوم قانون ۶ دیماه ۱۳۰۷ قیمتی را که طرفین برای مبیع معین کردهاند ضابطه قرار داده است به این طریق که اگر تفاوت بین قیمت واقعی مبیع در روز انقضاء مدت حق استرداد ، و قیمت مقرر بین طرفین خمس یا کمتر باشد ، قانون تصور می کند که قصد بایع حقیقت بیع بوده است چه قیمت مبیع بنحوی قرار داده شده است که علی‌العموم ایجاد خیار غبن هم نمی کند ، و برعکس اگر تفاوت بین قیمت های مزبور بیشتر از خمس باشد فرض قانون این است که قصد بایع حقیقت بیع نبوده بلکه دادن وثیقه و استقراض وجه بوده است و بهمین جهة مشتری یعنی قرض دهنده و مرتهن را مکلف مینماید که تفاوت قیمت را بدهد تا مالك قطعی مبیع گردد و الا وجهی را که بعنوان ثمن داده و در حقیقت طلب او از بایع یا مقترض است به انضمام مال الاجاره و یا اجرت المثل قانونی یعنی صدی ۱۲ اخذ کند و مشتری که مرتهنی بیش نیست در استیفاء حق خود از عین یا قیمت مورد معامله برهر طلبکار دیگر بایع که راهن است مقدم خواهد بود چنانکه هر مرتهنی برای استیفاء حق خود از عین یاقیمت مال مرهون برهر طلبکار دیگر راهن مقدم میباشد .

تنها اشکالی که ممکن است پیش آید آنست که اگر نظر مقنن در تشخیص قصد طرفین توجه به قیمت مقرر بین آنها بوده است بایستی برای حکم بوجود یا عدم قصد بیع به تفاوت این قیمت با قیمت واقعی ملك در روز معامله اهمیت داده شده باشد و نه به تفاوت آن با قیمت واقعی ملك در روز انقضاء مدت حق استرداد ، زیرا که متعاملین نمی توانستند در حین معامله از قیمت واقعی که مورد معامله ممکن بود درروز انقضاء مدت حق استرداد داشته باشد مطلع گردند و بنابر این به قیمت مزبور نمیتوان در قصد طرفین مدخلیتی داده شود . اشکال مذکور بموقع و کاملا وارد است ولی علت عمدهٔ که مقنن‌را باتخاذ این ترتیب وادار کرده است آنست که علی‌العموم با عادات امروزی تقریباً غیر ممکن است که کسی ملك خود را باشرط حق استرداد بدیگری انتقال دهد و در این معامله جز قصد استقراض قصد دیگری داشته باشد و شاید بایع قیمتی را که از مشتری اخذ می کند یعنی وجهی را که ازمرتهن قرض مینماید برای خرج کردن در خود ملك می گیرد و در این صورت باید قیمت واقعی ملك در روز انقضاءمدت‌حق‌استرداد طرف توجه گردد و نه قیمت واقعی آن در روز معامله . چنانکه اگر راهنی بخواهد

مال مرهون را در مقابل قرض خود به مرتهن واگذار نماید طرفین قیمت آنرا در روز واگذار نمودن در نظر میگیرند و نه قیمتی را که در حین رهن داشته است . پس مجمل آنکه، برای محدود نمودن دائرهٔ حکومت مادهٔ دوم قانون ٦ دیماه ۱۳۰۷ به املاکی که نسبت به آنها تقاضای ثبت شده است، و عدم اجراء آن در سایر موارد، دلیل محکم و متقنی موجود نیست. و بر عکس هم نظر مقنن، و هم خود ماده ٤٦٣، و هم روح و مفاد عمومی قوانین دیگر ایجاب مینماید که مفاد آن ماده در تمام معاملات بیع که بایع بنحوی از انحاء برای خود حق استرداد مبیع را محفوظ داشته است مجری گردد .

فصل سوم

در معاوضه

۵٤۰ - بموجب مادهٔ ٤٦٤ « معاوضه عقدی است که بموجب آن یکی از طرفین مالی میدهد بعوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می کند بدون ملاحظه اینکه یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد . » از تعریف مزبور معلوم میگردد که بین معاوضه و بیع شباهت زیادی موجود است . چه در هر دو عقد مالی در ازاء مال دیگر تملیک میشود، و تفاوت عمدهٔ که بین این دو عقد موجود است عبارت است از اینکه در عقد بیع یکی از عوضین مبیع ودیگری ثمن است ، و حال آنکه در عقد معاوضه دو مالی است که هر کدام نسبت بدیگری ثمن آن محسوب میشود و همین تفاوت را مادهٔ مذکور فوق بعبارت «بدون ملاحظه این که یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد » بیان کرده است .

۵٤۱ - از شباهت فوق العاده معاوضه باعقد بیع، و مخصوصاً از این نکته که هر یك از طرفین مالی را در مقابل مال دیگر به طرف مقابل تملیك میکند، این نتیجه حاصل میشود که در عقد معاوضه قبض شرط صحت معامله نمی باشد بلکه همین که طرفین در اموالی که مورد معاوضه واقع میشود تراضی کرده و عقد معاوضه را به ایجاب و قبول واقع ساختند تملیك حاصل میشود اگر چه هنوز هیچیك از طرفین مالی را که در اثر این عقد تملیك کرده است قبض ننموده باشد - و برعکس از تفاوت بین معاوضه و بیع این

نتیجه حاصل میگردد که در عقد معاوضه باوجود نهایت شباهتی که به عقد بیع دارداحکام خاصه بیع نباید جاری گردد. چنانکه همین نکته را مادهٔ ٤٦٥ تصریح کرده مقرر میدارد که « در معاوضه احکام خاصه بیع جاری نیست » بنابراین در عقد معاوضه نه طرفین خیار مجلس دارند و نه در صورتیکه عوضین حیوان باشد خیار حیوان خواهند داشت وقس علی هذا سایر احکام خاصه بیع را .

فصل چهارم

در اجاره

۵٤۲ ـ مادهٔ ٤٦٦ اجاره را بطریق ذیل تعریف مینماید :

« اجاره عقدی است که بموجب آن مستاجر مالك منافع عین مستاجره میشود »

تعریف مزبور فوق تعریف کاملی نیست . زیرا که در عقد اجاره بطوری که ذیلا هم ملاحظه خواهد شد ، مدت و مال الاجاره نیز باید معلوم باشد و حال آنکه درتعریف مادهٔ ٤٦٦ به هیچیك ازاین دو امر اشاره نشده است . بنابر این اجاره را میتوان بطریق ذیل تعریف نمود :

اجاره عقدی است که بموجب آن احد طرفین منافع عین مستاجره را در مقابل عوض معلوم و برای مدت معینی بطرف دیگر تملیك میکند .

۵٤۳ ـ مطابق ماده ٤٦۷ «مورد اجاره ممکن است اشیاء یا حیوان ویاانسان باشد.»

در هر یك از اقسام اجاره برای طرفین عقد و عوضی که معین میشود اسم مخصوصی موجود است چنانکه در قسمت اخیر مادهٔ ٤٦٦ گفته شده است که « اجاره دهنده را موجر و اجاره کننده را مستاجر و مورد اجاره را عین مستاجره گویند » و باید اضافه نمائیم که عوض هم مال‌الاجاره نامیده میشود ولی تسمیه های فوق شامل تمام اقسام اجاره نبوده بلکه فقط راجع باجاره اشیاء و حیوان است ودر اجاره اشخاص بطوری که در مادهٔ ۵۱۲ مذکور است اجاره کننده مستاجر و کسیکه عمل خود را اجاره میدهد اجیر ومال الاجاره اجرت نامیده میشود .

حال باید هریك از اقسام مختلفه اجاره اشیاء و اجاره حیوان و اجاره اشخاص در مبحث علیحده تشریح شود .

مبحث اول

در اجاره اشیاء

فقره اول

در عین مستاجره

۵۴۴ ـ غالباً گفته شده است که هر شیئی اعم از منقول و غیر منقول که ممکن است مورد عقد عاریه واقع شود میتواند مورد اجاره نیز واقع گردد، لیکن چون هنوز احکام عاریه بیان نشده است لذا ما میگوئیم که بطور کلی هر مالی اعم از منقول و غیر منقول که ممکن است مورد عقد بیع واقع شود میتواند مورد عقد اجاره نیز واقع گردد. معذلك یك قسم از اشیاء است که میتواند مبیع واقع شود بدون اینکه بتواند مورد اجاره گردد و یك قسم از اشیاء است که میتواند مورد اجاره گردد بدون اینکه مبیع واقع شود.

۵۴۵ ـ اشیائیکه میتوان آنرا فروخت ولی نمیتوان آنرا اجاره داد عبارتست از اشیائیکه استفاده از آن بابقاء عین ممکن نمیباشد مثلا آرد که ممکن نیست بابقاء عین مورد استفاده واقع شود قابل اجاره نمیباشد ولی بیع آن صحیح است. و اشیائیکه بطور کلی فروش آن جایز نیست مگر در موارد استثنائی ولی میتواند همیشه مورد اجاره واقع گردد عبارت است از اموال موقوفه.

در مورد اشیائی که انتفاع از آن بابقاء عین ممکن نیست، ماده ۴۷۱ چنین مقرر میدارد «برای صحت اجاره باید انتفاع از عین مستاجره بابقاء اصل آن ممکن باشد» معذلك شاید بشود باین حکم کلی یك استثنائی قبول کرد، یعنی موردی فرض نمود که که اجاره اشیاء مزبوره هم صحیح باشد و آن در موقعی است که غرض متعاملین از اجاره این قبیل اشیاء استفاده عادیهٔ که در مورد آن اشیاء متعارف است نبوده بلکه استفاده خاصی باشد که معمولا در مورد آن اشیاء متعارف نمیباشد و عین مستاجره هم باقی بماند. مثلا اگر کسی بخواهد شمعی را برای سوزاندن اجاره نماید این اجاره صحیح نخواهد بود زیرا که این قسم استفاده از شمع بابقاء عین ممکن نیست و برعکس اگر شمع را برای گذاشتن بچهل چراغ اجاره کند بدون آنکه آنرا بسوزاند این اجاره صحیح خواهد بود وصحت این نظر از عبارت ماده ۴۷۱ مستفاد میشود زیرا که ماده مزبوره بطرز خاصی انشاء

شده و مقرر میدارد که « برای صحت اجاره باید انتفاع از عین مستاجره بابقاء اصل آن ممکن باشد » پس هرگاه در مورد اشیائیکه معمولا انتفاع از آن بابقاء عین ممکن نمی باشد موردی پیدا شود که بتوان بابقاء اصل از آن اشیاء استفاده نمود اجاره آن صحیح خواهد بود و اگر منظور ماده عدم جواز مطلق اجاره اشیائی بودکه استفاده از آن با بقاء عین ممکن نمیباشد قانون مدنی همین معنی را صراحتاً بیان میکرد و آنوقت بایستی ماده ۴۷۱ بطریق ذیل انشاء شده باشد .

اجاره اشیائیکه انتفاع از آن بابقاء اصل ممکن نمیباشد صحیح نیست

در هر حال و در اغلب موارد ، حکم کلی عدم جواز اجاره اشیائی است که استفاده ازآن بابقاء عین ممکن نمیباشد وعلت این ترتیب آنست که بموجب عقد اجاره مستأجر باید ازعین مستاجره استفاده مطلوبه را بنماید وعین آنرا هم بعداز انقضاء مدت اجاره بموجر رد کند، و چون در مورد اشیائیکه انتفاع از آن بابقاء عین ممکن نیست یعنی انتفاع ازآن مستلزم افناء آن میباشد استفاده ورد عین دوامر متضاداست که جمع آنها ممکن نمیباشد. لذا اجاره این قبیل اشیاء بر خلاف مقتضای عقد بوده و بالنتیجه ممکن نخواهد بود . ولی بطوریکه فوقاً مذکور شد اگر استفاده مطلوبه مقرر بین طرفین استفاده نادرهٔ باشد که مستلزم افناء عین نمیگردد اجاره صحیح خواهد بود .

۵۴۶ ــ برای اینکه اجاره صحیح باشد لازم نیست که عین مستأجره مفروز باشد بلکه مطابق ماده ۴۷۵ « اجاره مال مشاع جائز است لیکن تسلیم عین مستأجره موقوف است باذن شریك » ولی درهرحال اعم از اینکه عین مستأجره مشاع باشد یا مفروزموجر باید قدرت بر تسلیم عین مزبور داشته باشد و الا اجاره باطل است (ماده ۴۷۰)

۵۴۷ ــ در اجاره اشیاء باید مدت اجاره معلوم شود و الا مطابق ماده ۴۶۸ اجاره باطل است چه اجاره عقدی است لازم و اگر مدتی برای آن مقرر نشده باشد هر یك از موجر و مستأجر می تواند هروقت بخواهد به اجاره خاتمه داده و آنرا فسخ کند و این خود مخالف با اصل لزوم انست.

۵۴۸ ــ در عقد اجاره کافی نیست که مدت معلوم باشد بلکه باید مبدء آن نیز معین گردد و مطابق ماده ۴۶۹ مبدء مدت اجاره ازروزی حساب میشود که بین

طرفین مقرر شده باشد و اگر در عقد اجاره ابتداء مدت ذکر نشده باشد از وقت عقد محسوب است.

۵۴۹ ـ غالباً در اجاره بعضی اشیاء مدت اجاره صریحاً معلوم نمیگردد، زیرا که مستأجر نمی خواهد یانمیتواند منجزاً معلوم کند که برای چه مدت میخواهد ازعین مستاجره استفاده کند، و بهمین جهت هم مال الاجاره از قرار اقل مدتی که مستأجر تصور میکند که از عین مستأجره استفاده خواهد کرد معین میشود. مثلا در مهمانخانه ها تقریباً هیچ وقت مسافر اطاقی را که میگیرد برای چند ماه ویا چند سال اجاره نمیکند بلکه از قرار روز یا هفتهٔ فلان مبلغ اجاره مینماید در این صورت مادهٔ ۵۰۱ چنین مقرر داشته است که «اگر در عقد اجاره مدت بطور صریح ذکر نشده و مال‌الاجاره هم از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین‌شده باشد اجاره برای یکروز یا یکماه یا یکسال صحیح‌خواهد بود و اگر مستأجر عین مستأجره را بیش از مدتهای مزبوره در تصرف خودنگاهدارد و موجر هم تخلیه ید او را نخواهد موجر بموجب مراضات حاصله برای بقیه مدت و به نسبت زمان تصرف مستحق اجرت مقرر بین طرفین خواهد بود.»

مادهٔ مزبورهٔ فوق یك استثناء مهمی بمادهٔ ۴۶۸ وارد مینماید چه مطابق مادهٔاخیر در اجارهٔ اشیاء عدم تعیین مدت موجب بطلان اجاره است وحال آنکه میبینیم مادهٔ ۵۰۱ صحت اجاره اشیائی را که مدت آن بطور وضوح معلوم نشده است اعلام میدارد، و این تخلف از حکم مادهٔ ۴۶۸ برای موافقت با قصد طرفین است، زیرا که قصد طرفین در موقعیکه مال‌الاجاره را از قرار روزی فلان مبلغ معین مینمایند نه فقط اینست که مستأجر از مورد اجاره یك روز استفاده کند بلکه ضمناً رضایت خود را برای اینکه در روزهای بعد هم مستأجر با تأدیه همان مال‌الاجاره استفاده کند واضح مینمایند و مخصوصاً اگر بعد از انقضاء روز اول مستأجر عین مستأجره را تخلیه نکرد و موجر هم تخلیه آنرا تقاضا ننمود، این نکته دلیل واضح است بر اینکه اگر روز اول هم قصد تجدید اجاره را نداشته اند در روز های بعد تراضی ضمنی برای تجدید اجاره بعمل آمده است و بهمین مناسبت است که مادهٔ ۵۰۱ مقرر میدارد که «موجر بموجب مراضات حاصله برای بقیه مدت و به نسبت زمان تصرف مستحق اجرت مقرر بین طرفین خواهد بود» پس اگر مسافری وارد مهمانخانهٔ شده و اطاقی در آنجا از قرار روزی یك تومان کرایه‌کند

مادام که اطاق مزبور را در تصرف دارد و صاحب مهمانخانه‌هم تخلیه آنرا نخواهداطاق در اجاره ضمنی او بوده و باید از قرار روزی یك تومان مال‌الاجاره آنرا بپردازد، وبر عکس اگر صاحب مهمانخانه تخلیه اطاقرا بخواهد و مستأجر تخلیه نکند از تاریخ تقاضای تخلیه صاحب مهمانخانه مستحق اجرت‌المثل‌خواهد بود که بتعیین اهل خبره معین‌می شود.

۵۵۰ - برای اینکه اجاره صحیح باشد باید عین مستأجره معین باشد و مطابق مادهٔ ۴۷۲ « اجارهٔ عین مجهول یا مردد باطل است » عین مستأجره وقتی مجهول است که مستأجر نداند چه چیز اجاره میکند و یا موجر نداند که چه چیز اجاره میدهد، وعین مزبور وقتی مردد است که قطعاً معلوم نبوده ولی یکی از چند چیز باشد مثل این که موجر بگوید این خانه ویا آنخانه‌ام را اجاره دادم در این صورت اجاره بواسطه مرددبودن عین مستاجره باطل میباشد

۵۵۱ - بالاخره برای صحت اجاره لازم نیست که موجر مالك عین مستأجره‌باشد بلکه مطابق ماده ۴۷۳ همینقدر کافی است که مالك منافع آن باشد ولی مالك بودن‌موجر منافع عین مستأجره را شرط صحت اجاره است چه برحسب عقد اجاره موجر منافع عین مستأجره را به مستأجر تملیك می کند و اگر منافع عین مستأجره مال موجر نباشدتملیك آن غیر مقدور خواهد بود.

فقره دوم

در وظایف موجر

۵۵۲ - در حقیقت وظیفه اصلیه موجر همان است که در تمام مدت‌اجاره مستأجر را از عین مستأجره منتفع کند ولی این وظیفه اصلی ممکن است تجزیه گشته و بچند تکلیف منقسم شود که از مواد ۴۷۶ الی ۴۹۰ استنباط میگردد . تکالیف مزبوره را میتوان بطریق ذیل معلوم نمود :

۱) تسلیم عین مستأجره - ۲) تعمیر و نگاهداری عین مستأجره بنحوی که مستأجر بتواند از آن استفادهٔ مطلوبه بنماید . ۳) عدم مزاحمت بمستأجر و رفع مزاحمت دیگران .

الف – تسلیم عین مستاجره

۵۵۳ – مطابق مادهٔ ۴۷۶ «موجر باید عین مستأجره را تسلیم مستأجر کند» و اگر موجر از انجام این وظیفه امتناع کند باید اجبار شود و اگر اجبار او متعذر باشد مستأجر حق دارد که اجاره را فسخ نماید.

غالباً تعذر اجبار موجر بر تسلیم عین مستأجره در موردی است که عین مستأجره قبل از تسلیم تلف شود معذالك اگر بعلت دیگری نیز عین مزبور را نتوان تسلیم مستاجر نمود مستأجر حق فسخ خواهد داشت.

۵۵۴ – مطابق مادهٔ ۴۷۷ «تسلیم عین مستأجره باید در حالتی بعمل آید که مستأجر بتواند استفادهٔ مطلوبه را از آن بنماید» بنا بر این موجر باید قبل از تسلیم در عین مستأجره تعمیرات لازمه که برای امکان استفادهٔ مطلوبه لازم‌است بنماید وبعلاوهٔ آن رابدون عیب تسلیم کند و بهمین‌مناسبت مادهٔ ۴۷۸ مقرر میدارد که «هرگاه معلوم شود عین‌مستأجره در حال اجارهٔ معیوب بودهٔ مستأجر میتواند اجاره را فسخ کند یا بهمان نحوی که بودهٔ است اجاره را باتمام اجرت قبول کند ولی اگر موجر رفع عیب کند بنحویکه بمستأجرضرری نرسد مستأجر حق فسخ ندارد»

از مفاد این مادهٔ معلوم است که مستأجر در حین اجارهٔ باید جاهل بروجود عیب بودهٔ باشد تابتواند اجاره را فسخ نماید و این معنی از جملات اولیه مادهٔ که میگوید «هر گاهٔ معلوم شود عین مستاجرهٔ ... معیوب بودهٔ» مستنبط میگردد پس اگر در عین مستأجرهٔ عیبی بودهٔ باشد که مستاجر در حین اجارهٔ عالم بر آن نبودهٔ است‌مشارالیه حق خواهد داشت که یکی از دو امر را اختیار کند و آن عبارت است از فسخ اجارهٔ، یاقبول عین مستاجرهٔدر همان حالی که موجود است در ازای تمام مال‌الاجارهٔ. و علت اینکه قانون بمستاجر حق نمیدهد که عین مستاجرهٔ را بهمان حالی که موجود است قبول کردهٔ و نسبت بعیب مطالبه تقلیل مال‌الاجارهٔ نماید آنست که یا مستاجر میتواند از عین مستاجرهٔ معیوب استفادهٔ را که مطلوب است بنماید یانه. در صورت اولی موجبی برای تقلیل مال‌الاجارهٔ نمیباشد و مستاجر از عین مستاجرهٔ همان استفادهٔ را که در صورت بی عیبی‌ممکن بود بنماید خواهد نمود و در صورت دوم چون استفادهٔ مطلوبه حاصل نخواهد شد بنابر این باید اجارهٔ فسخ شود. معذلك نداشتن حق تقاضای تقلیل مال‌الاجارهٔ بعلت معیوبی‌عین

مستاجره از متعاملین حق تراضی در تقلیل آنرا سلب نمینماید .

بالاخره مطابق قسمت اخیر ماده ۴۷۸ اگر موجر از عین مستاجره رفع عیب نماید بنحویکه بمستاجر ضرری نرسد مستاجر حق فسخ نخواهد داشت چه در این صورت نیز مستاجر خواهد توانست که استفاده مطلوبه را بنماید .

۵۵۵ - برای اینکه عیب موجب خیار شود لازم نیست که حتماً درحین عقد موجود باشد چنانکه ماده ۴۸۰ در مورد عیبی هم که بعد از عقد حادث میشود بمستاجر حق فسخ میدهد اعم از اینکه قبل از قبض منفعت حادث بشود یا در اثناء مـدت اجاره منتهای مراتب درصورت حدوث عیب بعد از عقد و قبل از قبض منفعت خیار فسخ نسبت بتمام مدت خواهد بود و در صورت حدوث آن در اثناء مدت اجاره فقط نسبت به بقیه مدت . و این خود امر بدیهی است زیرا که چون فسخ حل عقد است دیگر نمی توان نسبت بـه مـدت گذشته صحبت از فسخ نمود و خیار ثابت نخواهد بود مگر برای بقیه مدت.

۵۵۶ـممکن است که عین مستاجره بواسطه عیب از قابلیت انتفاع خارج شود و نتوان آن را رفع نمود در این صورت مطابق ماده ۴۸۱ اجاره باطل میشود.

۵۵۷ـ مطابق ماده۴۷۹ عیبی که بتواند موجب فسخ اجاره شود « عیبی است که موجب نقصان منفعت یا صعوبت در انتفاع باشد» بنا بر این اگر عیب موجود حین العقد یا حادث بعد ازآن عیبی باشد که نه موجب نقصان منفعت و نه باعث صعوبت در انتفاع میشود نمیتواند باعث خیار گردد . چه در این صورت مستاجر استفاده مطلوبه را حاصل خواهد کرد وبرای فسخ اجاره موجبی موجود نمیباشد.

۵۵۸ - عیب در مواردی میتواند مطابق آنچه که فوقاً مذکور شد موجب فسخ اجاره شود که مورد اجاره عین شخصی باشد و اگر مورد اجاره عین کلی باشد بدیهی است که مستاجر حق فسخ نخواهد داشت زیرا که در این صورت موجر بایـد فردی را که با شرایط مقرر درعقد اجاره مطابقت کند بمستاجر بدهد چنانکه ماده ۴۸۲ مقرر میدارد که «اگر مورد اجاره عین کلی باشد وفردی که موجر داده معیوب درآید مستاجر حق فسخ ندارد ومیتواند موجر را مجبور به تبدیل آن نماید» ولی چون ممکن است که بعلتی تبدیل فرد معیوب بفرد بی عیب ممکن نباشد لذا فقط دراینصورت قسمت

اخیر مادهٔ مذکوره بمستاجر حق میدهد که اجاره را فسخ نماید .

ب - تعمیر و نگاهداری عین مستاجره بنحوی که مستاجر بتواند از آن استفاده مطلوبه بنماید

۵۵۹ - مطابق مادهٔ ۴۸۶ « تعمیرات و کلیه‌مخارجی که در عین مستأجره برای امکان انتفاع از آن لازم است بعهدهٔ مالك است مگراینکه شرط خلاف شده یا عرف بلد بر خلاف آن جاری باشد و همچنین است آلات وادواتی که برای امکان انتفاع از عین مستأجره لازم میباشد »

تعهدیکه موجر راجع بمنتفع نمودن مستأجر از عین مستاجره‌دارد تعهدی است‌مستمر که تا انقضاء مدت اجارهٔ مداومت دارد بنا بر این موجرباید نه فقط در موقع تسلیم عین مستأجره را در حالتی تسلیم نماید که مستأجر بتواند استفادهٔ مطلوبه را حاصل کند بلکه باید در تمام مدت اجارهٔ هم عین مستأجره را در حالی نگاهدارد که مستأجر بتواند همان استفاده را بنماید و بهمین جهت است که مادهٔ ۴۸۶ بطور مطلق مقرر میدارد که « تعمیرات و کلیه مخارجیکه در عین مستأجره برای امکان انتفاع از آن لازم است » اعم از اینکه قبل از تسلیم آن بمستاجر باشد ویا تعمیرات مزبوره در ظرف مدت اجارهٔ لازم بشود بعهدهٔ موجر است معذلك این حکم در صورتی که متعاملین غیر آنرا مقرر داشته باشند یا عرف بلد مخالف این ترتیبرا اقتضا نماید جاری نخواهد بود .

ج - عدم‌مزاحمت‌از ناحیه خودموجر ورفع‌مزاحمت‌دیگران

۵۶۰ - موجر نه فقط باید طوری نماید که مستأجر بتواند از عین مستأجره استفادهٔ‌مطلوبه را بنماید بلکه‌باید طوری کند که‌مستأجر در تمام مدت اجارهٔ بدون مزاحمت از عین مزبور منتفع گردد و بنا بر این موجرنه فقط باید در بعضی موارد ازمزاحمت دیگران جلوگیری کند بلکه خود نیز بطریق‌اولی نباید مزاحم مستأجر گردد وبهمین‌جهت است که مادهٔ ۴۸۴ مقرر میدارد که « موجر نمیتواند درمدت اجارهٔ در عین مستأجره تغییری دهد که منافی مقصود مستأجر از استیجار باشد » و اگر غیر این‌میبود موجر میتوانست در طرز استفادهٔ مستأجر تغییراتی تولید نماید که در حین اجارهٔ منظور مستأجر نبودهٔ وبعبارة اخری مزاحم انتفاع مستأجر گردد .

از مطالب مزبوره فوق میتوان استنباط نمود که مثلا اگر کسی دو خانه مجاور هم داشته باشد و یکی از آنها را اجاره بدهد دیگر میتواند در تمام مدت اجاره از خانه مسکونی خود بخانهٔ که اجاره داده است درب یا پنجره باز کند . اگر چه شاید رعایت احترام اصل مالکیت عکس این ترتیبرا ایجاب و مقتضی باشد که موجر بتواند در ملك خود تصرفیرا که لازم میداند بنماید ولی چون‌موجر بموجب عقد اجاره منافع عینی‌را که ازآنجمله حق تصرف است بمستأجر منتقل‌مینماید دیگر حق نخواهد داشت که در عین مستأجره تصرفاتی که با منافع مستأجر مزاحم باشد بعمل آورد .

۵٦۱ ــ اصلی که بموجب آن‌موجر حق ندارد نسبت بانتفاعات مستأجر مزاحمتی وارد نماید در یك‌مورد بخصوصی که‌بموجب ماده ٤۸۵ پیش‌بینی شده است محدودمیگردد. ماده مزبوره از قرار ذیل است :

« اگر در مدت اجاره در عین‌مستأجره تعمیراتی لازم‌آید که تأخیر در آن‌موجب ضرر موجر باشد مستأجر نمیتواند مانع تعمیرات مزبور گردد اگر چه در مدت تمام یا قسمتی از زمان تعمیر نتواند از عین مستأجره کلا یا بعضاً استفاده نماید در این صورت حق فسخ اجاره را خواهد داشت »

ماده مزبوره فوق حتی المقدور منافع موجر و مستأجر را که در اینمورد مختلف بوده و مزاحم همدیگر واقع میشوند با یکدیگر التیام میدهد چه بطوریکه مذکور گردید موجر حق ندارد نسبت بانتفاعاتیکه مطلوب مستأجر بوده است ایجاد مزاحمت نماید مثلا موجر نمیتواند بدون رضایت مستأجر در عین مستأجره تعمیراتی نماید که از تأخیر آن ضرری بموجر وارد نمیشود ولی‌از طرف‌دیگر مستأجر هم نباید حق‌داشته باشد ازتعمیراتی که تأخیر در آن شاید موجب تلف یا نقص عین مستأجره میگردد جلوگیری کند بنابر این مستأجر باید تمام این قبیل تعمیراترا متحمل گردد هر چند مدت آن طویل باشدو هر چند که در تمام یا قسمتی از زمان تعمیر ازاستفاده تمام یا قسمتی از عین مستأجره محروم شود منتهای مراتب در اینصورت قانون بمستاجر حق میدهدکه اجاره را فسخ‌نماید . پس بدینطریق هم منافع موجر که‌اقدام بتعمیر و محافظت مال خود را مینماید و هم‌منافع مستاجر که عنداللزوم میتواند اجاره را فسخ کند محفوظ خواهد ماند .

در تعقیب نظریات فوق باید برای موجر این حق را نیز قائل گردید که اگر بخواهد در مدت اجاره عین مستأجره را بفروشد بتواند آنرا بمشتری ارائه بدهد بنا بر این اگر کسی خانه خود را که اجاره داده است بخواهد بفروشد مستأجر نمیتواند از ورود مشتری یا مقوم ممانعت کند ولی بدیهی است که این اقدام نباید ازحد متعارف تجاوز کرده و طوری باشد که مستأجر نتواند از منافع مطلوبه استفاده کند .

بالجمله از مطالب فوق ممکن است چنین استدلال شود که موجر نه تنها حق ندارد در عین مستأجره تصرفاتی بنماید که منافی با مقصود مستأجر از استیجار شود بلکه موجرنبایدبتواند در مال دیگر خود هم تصرفاتی بنماید که منافی با مقصود مزبور باشدمثلا اگر یکنفر اطاقی برای خوابانیدن مریض اجاره دهد نمی تواند اطاق دیگر مجاور آن را بمسگر یا چلینگر اجاره دهد زیرا که این تصرف در اطاقی که مورد اجاره نمیباشد منافی با مقصودی است که مستأجر اطاق دیگر از استیجار آن داشته است .

۵۶۲ ــ علاوه بر اینکه موجر نباید خود مستقیماً نسبتبانتفاع مستأجرمزاحم گردد بلکه باید در بعضی موارد از مزاحمت دیگرانهم جلوگیری کند .

در موضوع مزاحمت دیگران قانون مدنی بین موارد مختلفه فرق گذاشته استو برای مزاحمت قبل از تسلیم و بعد از تسلیم و همچنین برای مزاحمت کسیکه نسبت بعین مستأجره ادعای حقیمینماید وکسیکه بدونادعای حق مزاحم میشوداحکاممختلفی مقررداشتهاست

مطابق ماده ۴۸۸ « اگر شخص ثالثی بدون ادعاء حقی در عین مستأجره یا منافع آن مزاحم مستأجر گردد درصورتیکه قبلاز قبض باشد مستأجر حق فسخداردواگرفسخ ننمود میتواند برای رفع مزاحمت ومطالبه اجرتالمثل بخود مزاحم رجوع کند » و مطابق ماده ۴۸۹ « اگر شخصیکه مزاحمت مینماید مدعی حقی نسبت بعین مستأجره یا منافع آن باشد مزاحم نمیتواند عین مزبور را از ید مستأجر انتزاع نماید مگر بعد از اثبات حق با طرفیت مالك و مستأجر هردو »

پس بموجب دوماده فوق دوقسم مزاحمت پیش بینی شده است یکی مزاحمت عملی یعنی مزاحمت بدون ادعای حق ویکی مزاحمت با ادعای حق :

۵۶۳ ـ (الف) مزاحمت عملی یا مزاحمت بدون ادعای حق ـ موجر بهیچوجه مسؤل مزاحمت هائی نخواهد بود که بواسطه اعمال دیگران حادث میشود بـدون اینکه

مزاحم نسبت بعین یامنافع مورد اجاره ادعای حقی نماید. زیرا که موجر بهیچوجه در این قبیل مزاحمت ها مدخلیت نداشته است و برای طرفیت بامزاحم ورفع مزاحمت او بهتر از مستأجر نمیباشد بنابراین مستأجر باید بخود مزاحم رجوع نماید منتهای مراتب اگر مزاحمت فعلی قبل از قبض عین مستأجره باشد مستأجر، حق خواهد داشت که اجاره را فسخ کند ، ولی اگر مزاحمت بعد از قبض باشد حق فسخ نداشته و فقط میتواند بخود مزاحم رجوع کند .

٥٦٤ - (ب) مزاحمت با ادعای حق - در این قسم مزاحمت مزاحم به ادعای این که حقی نسبت بعین یا منافع مورد اجاره دارد مزاحم مستأجر میگردد ، مثل اینکه بادعای مالکیت عین یا منافع مورد اجاره تخلیه آنرا از مستأجر بخواهد. در این صورت مزاحم نمیتواند بمستأجر یاموجر تنها مراجعه کند زیرا اگرچه ادعای مدعی درهرحال متوجه بموجر بوده ومورد ادعا حقی از حقوق موجر است ولی چون ادعای مزبور بطور غیر مستقیم به حقوق مستأجر نیز مربوط میباشد لذا مزاحم مجبور است که ادعای خود را در مقابل موجر ومستأجر هر دو ثابت کند و اگر مزاحم که مدعی مالکیت عین است بموجر تنها رجوع نمود و حق خود رادر مقابل او ثابت کرد نمیتواند تخلیه عین مستأجره را از موجر بخواهد و همچنین است اگر بمستأجر تنها رجوع کند .

فقره سوم

در تعهدات مستاجر

٥٦٥ - مطابق ماده ٤٩٠ « مستأجر باید :

اولا - دراستعمال عین مستأجره بنحو متعارف رفتار کرده و تعدی یا تفریط نکند .

ثانیاً - عین مستأجره را برای همان مصرفی که در اجاره مقرر شده و در صورت عدم تعیین در منافع مقصوده که از اوضاع واحوال استنباط میشود استعمال نماید .

ثالثاً - مال الاجاره را در مواعدی که بین طرفین مقرر است تأدیه کند ودرصورت عدم تعیین موعد نقداً باید بپردازد »

ماده مزبوره فوق برای مستأجر سه تعهد معین مینماید ولی مستأجر یك تعهد چهارمی هم دارد که در این ماده ذکر نشده وآن عبارتست از رد نمودن عین مستأجره بموجر در انقضای مدت اجاره و این الزام چهارم مستأجر بطور غیر مستقیم از ماده ٤٩٤ استنباط میشود چه

در مادهٔ مزبوره مندرج است که « اگر پس‌از انقضاء مدت اجاره مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالك در تصرف خود نگاهدارد موجر برای مـدت مزبور مستحق‌اجرت‌المثل خواهد بود »

پس باید تعهدات چهارگانه فوق را یك یك تحت ملاحظه و مورد بحث قراردهیم :

۵۶۶ - (الف) - استعمال عین‌مستأجره بنحو متعارف و بدون تفریط‌و تعدی‌ـ مستأجر باید عین مستأجره را بهمان نحوی استعمال کند که هر مالکی ملك خود رااستعمال مینماید . مثلا اگر مورد اجاره یك اتومبیل باشد مستأجر نباید آنرا در جاهای سنگلاخ سوار شود و یا آنرا درزیر آفتاب‌یا باران نگاهدارد بلکه باید همان مواظبت‌را که اگر اتومبیل مال خود او می بود بعمل میاورد نسبت به‌اتومبیل اجاره نیز به عمل آورد به عبارت اخری وبه طوریکه‌قانون مقررمیدارد « مستأجر نباید نسبت به عین مستأجره تفریط یا تعدی نماید »

ضامن اجراء این وظیفه مستأجر ماده ۴۸۷ است که بموجب آن « هر گاه مستأجر نسبت به عین مستأجره تعدی یا تفریط نماید و موجر قادر بر منع آن نباشد موجر حق فسخ دارد »

پس مطابق این مادهٔ اگر موجر قادر بر منع مستأجر از تفریط و تعدی باشدحق فسخ نخواهد داشت وباید اورا مجبور نماید که‌عین مستأجره را بنحو متعارف استعمال کند و الاحق خواهد داشت که اجاره را فسخ نماید ،

۵۶۷ - (ب) - استعمال عین‌مستأجره برای مصرفیکه معین شدهٔ است - مثلااگر در عقد اجارهٔ قید شده باشد که مورد اجاره برای کاراژبودن اجاره دادهٔ میشود مستأجر نمیتواند آنرا مبدل بانبار ذغال‌یا طویله کند ، و هر گاه بین طرفین منافعی که مستأجر از استیجار داشته معین نشدهٔ باشد مستأجر باید عین مستأجره را در منافع مقصودهٔ کـه از اوضاع و احوال استنباط می شود استعمال نماید . البته در این‌صورت بطوری که از جمله « اوضاع و احوال » هم مستفاد میگردد و در فقرهٔ دوم مادهٔ ۴۹۰ مندرج است‌تشخیص موضوع با حاکم قضیه خواهد بود که با در نظر گرفتن تمام وضعیات منافع مقصودهٔ را استنباط و معین کند .

ممکن است که در عقد اجارهٔ مصرفی برای مورد اجارهٔ معین شود بدون آن‌که

بخصوص آن مصرف منظور طرفین بوده باشد در اینصورت مطابق مادهٔ ۴۹۱ «مستأجر می تواند استفادهٔ منفعتی کند که ازحیث ضرر مساوی یاکمتر از منفعت معینه باشد .» مثلا اگر کسی خانهٔ را برای سکونت اجاره نماید ولی معلوم گردد که منظور طرفین نهاین بوده است که حتماً عین‌مستأجره محل سکونت یك خانوادهٔ معین باشد در این صورت‌مستأجر می تواند از آن خانه استفادهٔ نماید که از حیث ضرر مساوی یا کمتر باشد از منفعت‌معینه که عبارت از سکونت است ـ بنابراین مستأجر حق نخواهد داشت که خانه را مبدل به انبار مال‌التجاره نماید . ولی حق خواهد داشت که آن را تبدیل بقرائت خانه کندزیرا که در صورت اول ضرری که ممکن است متوجه عین مستأجره و بالنتیجه متوجه موجر گردد ، بیش از ضرری خواهد بود که درصورت استیفای منفعت معینه حاصل می شود و در صورت دوم کمتر از ضرر مزبور خواهد بود . بالاخره مطابق مادهٔ ۴۹۲ « اگر مستأجر عین مستأجره را در غیر موردی که در اجاره ذکر شده باشد ویا از اوضاع و احوال استنباط می شود استعمال کند ومنع آن ممکن نباشد موجر حق فسخ اجاره را خواهد داشت » .

۵۶۸ ـ (ج) تأدیه مال الاجاره ـ مطابق فقرهٔ سوم مادهٔ ۴۹۰ مستأجر باید مال الاجاره را در مواعدی که بین او وموجر مقرر شده است تأدیه نماید و اگر بین آنها موعدی مقرر نشده باشد باید مال‌الاجاره تمام مدت اجاره را نقداً و قبلا بدهد .

اما راجع بمحل پرداخت مال‌الاجاره باید مادهٔ ۲۸۰ که راجع بمحل انجام‌تعهداست اجرا گشته ومال‌الاجاره در محل عقد اجاره تأدیه شود مگر اینکه بین طرفین یابرحسب عرف و عادت محل دیگری مقرر شده باشد .

چون بطور کلی دیون یکنفر بموت اوحال میشود لذا ممکن بود که درباب‌اقساط مال‌الاجاره که هنوز موعد پرداخت آن نرسیده است اشکالی‌است‌تولید شود که آیا بموت مستأجر حال میگردد یانه وبرای جاوگیری ازاین اشکال‌است که مادهٔ ۵۰۵ مقرر میدارد « اقساط مال‌الاجاره که بعلت نرسیدن موعد پرداخت آن برذمه مستأجر مستقر نشده است بموت او حال نمیشود » .

۵۶۹ ـ (د) رد کردن عین مستأجره در انقضاء مدت ـ اگرچه‌در هیچیك از مواد راجع باجاره اشیاء موظف بودن مستأجر برد عین مستأجره در انقضاء مدت صراحتاً

ذکر نشده است ولی این نکته نه فقط بدیهی است بلکه از مفاد ماده ٤٩٤ نیز کاملا استنباط میشود چه مطابق ماده مزبور اگر پس از انقضاء مدت اجاره « مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالك مدتی در تصرف خود نگاهدارد موجر برای مدت مزبور مستحق اجرت‌المثل خواهد بود اگرچه مستأجر استیفاء منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالك در تصرف نگاهدارد وقتی باید اجرت‌المثل بدهد که استیفاء منفعت کرده باشد مگر اینکه مالك اجازه داده باشد که مجاناً استفاده نماید . »

پس بموجب این ماده معلوم است که بمحض انقضاء مدت اجاره مستأجر باید عین مستأجره را بموجر رد نماید ، وآن را نمی تواند درتصرف خود نگاهدارد مگر با اجازه موجر و اگر بدون اجازه آنرا متصرف باشد باید اجرت المثل زمان تصرف خود را به دهد ، اگر چه استیفاء منفعت نکرده باشد و اگر تصرف مستأجر با اجازه موجر باشد موجر حق مطالبه اجرت‌المثل نخواهد داشت مگر اینکه مستأجر استیفاء منفعت کرده باشد وآن هم در صورتیکه اجازه مالك برای استفادهٔ مجانی نباشد . ودرهرحال اگر مستأجر برای تأدیه مال‌الاجاره ضامنی داده باشد مطابق ماده ٤٩٥ « ضامن مسؤل اجرت‌المثل‌های مذکوره فوق نخواهد بود »

۵۷۰ ـ مستأجر مکلف نیست که عین مستأجره را بهمان حالی که موجر آنرا تسلیم نموده بود بموجر رد نماید بنابراین اگر عین مستأجره بدون‌اینکه ازناحیه مستأجر تفریط یا تعدی شده باشد ناقص یا معیوب شود ، ویا کلا یاجزاً تلف گردد ، مستأجر مسؤل آن نمیباشد ، وهمین ترتیب است که ماده ٤٩٣ بطریق ذیل‌بیان مینماید : «مستأجر نسبت بعین مستأجره ضامن نیست باین معنی که اگر عین مستأجره بدون تفریط یا تعدی او کلا یا بعضاً تلف شود مسؤل‌نخواهد بود. » و اگر مستأجردر صورتیکه مرتکب تفریط یا تعدی نشده باشد در مقابل موجر مسؤلیتی نسبت بعین مستأجره ندارد، برعکس‌درصورت تعدی یا تفریط نه فقط مسؤل هرکسر ونقصان ویاتلف کلی یاجزئی است که از تقصیر اوحادث شده باشد ، بلکه مسؤل هرنقص وعیبی هم خواهد بود که بهیچوجه مربوط به تفریط یاتعدی او نباشد . چنانکه قسمت اخیر ماده ٤٩٣ اضافه مینماید « ولی اگرمستأجر تفریط یا تعدی نماید ضامن است اگر چه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی‌حاصل نشده باشد.»

پس بموجب این ماده اگر کسی که خانهٔ اجاره نموده و بموجب عقد اجاره

روبیدن برف آنرا بعهده گرفته باشد برف روبی ننماید و سقف اطاق خراب‌شود مسؤل خواهد بود اگر چه خرابی سقف در نتیجه نروبیدن برف نبوده و معلول به علت دیگر باشد .

۵۷۱ - اگر مستأجر مسؤل هرنقص و عیبی است که در نتیجه تفریط یا تعدی او حاصل میشود ، و یادرصورت تقصیر بعلت دیگری هم حاصل میگردد ، و باید از عهده خسارات موجر برآید ، ولی مستأجر حق ندارد از بابت تعمیراتی که بدون اذن موجر نموده باشد مطالبه قیمت نماید . علت این حکم که بموجب ماده ۵۰۲ مقرر است آنست که مستأجر نمی تواند درمال غیر بدون اذن مالك تصرفاتی نماید ، منتهای مراتب اگر عین مستأجره محتاج بتعمیر باشد مستأجر میتواند ازموجر تقاضا نماید که تعمیراتضروری را بکند و اگر موجر اقدام نکرد واین عدم اقدام هم برای مستأجر موجب نقصان‌منفعت یا صعوبت در انتفاع باشد مستأجر حق خواهد داشت که اجاره را فسخ نماید .

فقره چهارم

در برطرف شدن عقد اجاره

۵۷۲ - عقد اجاره یا بواسطه علت طبیعی ویا بواسطه علل اتفاقی برطرف میشود. علت طبیعی که عقد اجاره را برطرف مینماید عبارتست از انقضاء مدت اجاره چنانکه ماده ۴۹۴ مقرر میدارد « عقد اجاره بمحض انقضاء مدت برطرف میشود » علل اتفاقی که موجب برطرف شدن عقد اجاره میشود از قرار ذیل است :

۱ - تلف شدن عین مستأجره
۲ - فسخ اجاره بخیاری از خیارات
۳ - خروج عین مستأجره از قابلیت انتفاع

۵۷۳ - (الف) تلف شدن عین مستأجره - نسبت به‌برطرف شدن عقد اجاره بواسطه تلف شدن عین مستاجره دو ماده موجود است که شاید قدری متباین بنظر میرسد یکی ماده ۴۹۶ که بموجب قسمت اول آن « عقد اجاره بواسطه تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل میشود » و دیگری ماده ۴۸۳ که بموجب قسمت اول آن « اگر در مدت اجاره عین مستأجره بواسطه حادثهٔ کلا یا بعضاً تلف شود اجاره از زمان تلف به مقدار تلف شده منفسخ میشود »

تباین این دوماده از این حیث است که مطابق ماده اولی عقد اجاره در صورت تلف شدن عین مستاجره از تاریخ تلف باطل ، ومطابق ماده دومی از تاریخ مزبورمنفسخ میشود ، وچون بین بطلان و انفساخ فرق کلی موجود است لذا بین این دو ماده هم تباین کلی موجود خواهد بود . ولی اگر درست دقت شود این تباین فقط ظاهری بوده و قابل اهمیت نمیباشد زیرا بر فرض این که این دوعبارت دومعنی مختلف داشته باشد دراین دوماده برای تبیین مقصود واحد استعمال شده اند و آن عبارتست از برطرف شدن عقد اجاره بخودی خود وبدون اینکه موجر یا مستاجر مدخلیتی داشته باشند و این خود امری است طبیعی ، زیرا بعد از تلف شدن عین مستأجره موضوع عقد از بین رفته و عقد بی موضوع نمیتواند باقی بماند ولو اینکه طرفین متعاملین بخواهند آن را بهم نزنند وبهمین جهت است که ماده ۴۸۳ تصریح مینماید که انفساخ عقد فقط نسبت بمقدار تلف شده خواهد بود نه نسبت بتمام مورد اجاره منتهای مراتب مطابق قسمت اخیر ماده مزبوره مستاجر حق خواهد داشت که نسبت به بقیه نیز اجاره را بمیل خود فسخ نماید و یا فقط مطالبه تقلیل نسبی مال‌الاجاره کند.

۵۷۴ - (ب) فسخ اجاره - ممکن است برای احد طرفین ویا برای هر دو در موارد خاصی خیار فسخ موجود باشد اعم از اینکه‌خیار مزبور ضمن‌العقد شرط‌وبعبارةاخری خیار شرط باشد ویا بدون قید درعقد موجود باشد مثل خیار تخلف شرط . درهرحال اگر حق فسخی موجود باشد ممکن است که عقد اجاره قبل از انقضاء مدت در نتیجه فسخ‌بر طرف گردد چنان که راجع بخیار تخلف شرط قسمت اخیر ماده ۴۹۶ مقرر میدارد که « نسبت بتخلف از شرایطی که بین موجر ومستأجرمقرر است خیار فسخ ازتاریخ‌تخلف ثابت میگردد »

۵۷۵ (ج) - خروج عین مستاجره از قابلیت‌انتفاع - بطوری که سابقاً هم‌مذکور شد مطابق ماده ۴۸۱ « هرگاه عین مستأجره بواسطه عیب از قابلیت انتفاع خارج شده و نتوان رفع عیب نمود اجاره باطل میشود » اگر چه ظاهراً این ماده ناظر بموردی است که عین مستأجره در نتیجه عیبی از قابلیت انتفاع خارج گردد ولی بدیهی است که کلمه عیب معنی اعم داشته وشامل هرعیب غیر قابل رفعی می شود که بواسطه بودن آن

دیگر مستأجر نتواند از عین مستأجره منتفع گردد مثلا اگر مورد اجاره از طرف دولت مصادره گردد .

۵۷۶ - اگر عقد اجاره بعللی که فوقاً مذکور شد برطرف میگردد ، بر عکس دو مورد مخصوص است که قانون صراحتاً بقای اجاره را مقرر میدارد و آن عبارتست اولا از فوت موجر یا مستأجر - ثانیاً انتقال عین مستأجره بدیگری .

۵۷۷ (الف) فوت موجر یا مستأجر - در مورد فوت موجر یا مستأجر ماده ۴۹۷ مقرر میدارد که « عقد اجاره بواسطه فوت موجر یا مستأجر باطل نمیشود » واین حکم نتیجه لازم بودن عقد مزبور است چه مفهوم مخالف ماده ۹۵۴ که بموجب آن « کلیه عقود جایزه بموت احد طرفین منفسخ می شود » آنستکه عقود لازمه بموت احد طرفین منفسخ نمیشود ولی همین ماده دو موردی را پیش بینی مینماید که در یکی عقد اجاره بعلت فوت موجر و در دیگری بعلت فوت مستأجر باطل میگردد :

۱ - موردی که عقد اجاره بعلت فوت موجر باطل میشود عبارت از موردی است که موجر فقط برای مدت عمر خود مالك منافع عین مستأجره بوده است ، و بدیهی است که در این صورت فوت موجر مالکیت منافع را از مشارالیه سلب نموده و چون حق مالکیت موجر محدود بمدت عمر او بود دیگر این حق جزو ماترك او بوارث او منتقل نمیشود و بنا بر این برای استفاده مستأجر از منافع مزبور مجوزی موجود نخواهد بود .

۲ - موردی که عقد اجاره بعلت فوت مستأجر باطل میشود عبارتست از موردی که عین مستأجره با قید مباشرت شخص مستأجر اجاره داده شده باشد یعنی تصریح شده باشد که فقط شخص مستأجر حق خواهد داشت که از عین مستأجره استفاده نماید - در اینصورت نیز بدیهی است که بفوت مستأجر اجاره باید باطل و برطرف شود زیرا که بعد از آن حق استفاده که منحصراً برای شخص مستأجر ایجاد شده قابل انتقال بوارث نمیباشد .

۵۷۸ - (ب) - انتقال عین مستأجره بدیگری - در اینموضوع ماده ۴۹۸ مقرر میدارد که « اگر عین مستأجره بدیگری منتقل شود اجاره بحال خود باقی است » ولی فوراً اضافه مینماید « مگراینکه موجر حق فسخ درصورت نقل را برای خود شرط کرده باشد » پس اگر موجر برای خود حق فسخ در صورت نقلرا شرط نکرده باشد انتقال عین

مستأجره موجب بطلان اجاره نخواهد بود واگر این شرط موجود باشد فقط میتواند اجاره را فسخ کند .

۵۷۹ ـ در تعقیب این اصل که عقد اجاره بفوت موجر یا مستأجر باطل نمیشود ماده ۴۹۹ مقرر میدارد که « هر گاه متولی با ملاحظه صرفه وقف مال موقوفه را اجاره دهد اجاره بفوت او باطل نمیگردد » لیکن چون از مفهوم مخالف این ماده استنباط میشود که هر گاه اجاره موقوفه با ملاحظه صرفه وقف نبوده باشد بفوت متولی باطل میگردد ، لذا ممکن است ادعا نمود که این موردهم ازجمله مواردی است که اجاره بفوت موجر باطل می شود لیکن اگر درست دقت نمائیم برای ماده مزبوره نمیتوان مفهومی قائل شد چه عدم موافقت اجاره با منافع موجر و یا مخالفت آن باصرفه وقف نمیتواند موجب بطلان اجاره گردد اعم از اینکه موجر یا متولی فوت کرده یا نکرده باشد و فقط موجر یا متولی می تواند باستناد خیار غبن ، اگر غبنی باشد، اجاره رافسخ کند. منتهای مراتب حاکم قضیه نباید در تشخیص غبن نسبت بوقف همان طریقهٔ را که درتشخیص آن نسبت باشخاص‌عادی معمول به است اتخاذ کند چه بساغبنهای غیر فاحش است که نسبت باشخاص قابل مسامحه‌و تحمل میباشد و حال آنکه غبن های مزبور باید نسبت بوقف غیر قابل تسامح تلقی گردد پس ادعای بطلان اجاره وقف درصورت فوت متولی باستناد اینکه اجاره موافق باصرفه وغبطه وقف نمیباشد ادعای‌صحیحی نخواهد بود چه‌اگرفلسفه این‌حکم مقبول باشد نبایدفرقی بین زمان حیوة و بعداز ممات متولی گذاشته شود بلکه باید حکم بطلان اجاره در زمان حیوة متولی نیز داده شود و حال آنکه چنین حکمی نه درضمن احکام وقف بیان‌شده‌است ونه درضمن احکام اجاره .

در هرحال اگر عدم رعایت صرفه وقفرا بتوان تعبیر بتفریط یا تعدی متولی نمود مسؤلیت اوبا فسخ یا بطلان اجاره مرتفع نخواهد شد .

فقره ۵ پنجم

در مقررات مختلفه

۵۸۰ ـ اول ـ مطابق ماده ۴۷۴ « مستأجر میتواند عین‌مستأجره را بدیگری‌اجاره بدهد مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد » برای سهولت امر این اجاره

را اجاره ثانوی ومستأجر اول را موجر ثانوی ومستاجر دوم را هم مستأجر ثانوی مینامیم .

پس بموجب ماده فوق مستأجر میتواند عین مستأجره را بدیگری اجاره بدهد ولی نه ماده مزبوره ونه ماده دیگری ازفصل راجع باجاره موردیرا معین نکرده‌است که‌مستأجر بتواند حقوقیرا که برای او از عقد اجاره حاصل‌شده است بعقد دیگری غیراز اجاره بشخص ثالثی واگذار نماید . و آیا این سکوت قانونرا باید حمل‌بر عدم تجویز نمود ویاحمل باباحه امر ؟ مسلماً تصور نمیتوان‌نمود که مقصود قانون ازاختیار سکوت عدم تجویز است‌زیرا که عقداجاره‌مستأجر را مالك منافع عین مستأجره نموده و بعلاوه در مقابل موجر حقوقی برای او ایجاد کرده‌است و چون مطابق اصل کلی هرکس میتواند در حقوق و ما یملك خود هر قسم تصرفی را که بخواهد بنماید، لذا بدیهی است که مستاجر میتواند کلیه حقوقی را که برای او از عقد اجاره حاصل شده است نه فقط بعقد اجاره ، بلکه بهرعقد ناقل دیگری از قبیل صلح وغیره بدیگری منتقل نماید .

راست است که در بادی امر تشخیص اینکه آیا مستاجر منافع عین مستاجره رابعقد اجاره منتقل بغیر نموده و یا بعقد دیگری ، خالی از اهمیت بنظر میرسد ، زیرا که نتیجه امکان استفاده شخص ثالث است از منافع عین مستاجره و بنابر این تفاوتی نمی نماید که‌این امکان استفاده برای او در نتیجه عقد اجاره حاصل بشود و یا در نتیجه عقد دیگری ، ولی حقیقت امر باین سادگی نبوده و تشخیص موضوع خالی از اهمیت نیست. زیرا اگر منافع عین مستاجره در نتیجه اجاره ثانوی بشخص ثالث واگذار بشود روابط شخص مزبور که مستاجر ثانوی است با مستاجر اول که موجر ثانوی است مطیع احکام راجعه باجاره‌خواهد بود و بنابر این مستاجر ثانوی حق خواهد داشت که مثلا در صورت حدوث عیبی که موجب صعوبت در انتفاع یانقص انتفاع شود اجاره را فسخ کند، و حال آنکه اگر منافع عین مستاجره را مستاجر اول بموجب عقد دیگری غیر از اجاره منتقل نموده باشد دیگر منتقل‌الیه نمیتواند مطابق احکام مربوطه بعقد اجاره بامستاجر مزبور رفتار کند ، و همچنین اگر مستاجر اول حقوق خود را در نتیجه عقد اجاره به مستاجر دوم انتقال دهد مستاجر اخیر میتواند از او تقاضا نماید که عین مستاجره را در حالتی که تحصیل انتفاع مقصود ممکن باشد تسلیم او نماید و حال آنکه اگر انتقال در اثر عقد ناقل دیگر واقع شود مستاجر اول باید عین را در حالتی که موجود است به منتقل الیه تسلیم کند .

در هرحال و بطوری که فوقاً مذکور شد نص صریحی که این انتقال را منع کرده باشد وجود ندارد و معاملات غیر ممنوعه هم باید معاملات مباحه محسوب کردند .

۵۸۱ ـ دوم ـ در عقد اجاره ممکن است موجر درنتیجه بیع شرط مالك عین مستاجره شده باشد آیا مالك مزبور میتواند که مدت اجاره را بهر نحوی که مقتضی میداند با مستاجر خود معین نماید و یا باید این حق تا اندازهٔ که منافی با خیار بایع باشد محدود کردد ؟ مادهٔ ۵۰۰ قانون مدنی در این موضوع مقرر میدارد کـه « در بیع شرط مشتری میتواند مبیع را برای مدتی که بایع حق خیار ندارد إجاره دهد و اکر اجاره منافی با خیار بایع باشد باید بوسیله جعل خیار یا نحو آن حق بایع را محفوظ دارد و الا اجارهٔ که منافی با حقـوق بایع باشد باطل خواهد بود. »

پس بموجب این ماده اکر موجردرنتیجه بیع شرط مالك عین مستاجره شده باشد میتواند عین مزبور را اجاره دهد ولی باید مدت اجاره را محدود نماید بمدتی که بایع خیارندارد و یا اکر برای مدت بیشتر اجاره داده باشد باید باقید حق فسخ و یابنحو دیگر حق بایع را محفوظ بدارد بنحویکـه اکـر بایع در سر موعد خیار از حق خـود استفاده نمود و مبیع مجدداً باو منتقل کردید نه مواجه باعین مسلوب‌المنفعه بشود و نه مواجه باعینی که نتواند از آن استفاده مطلوبه خود را بنماید ،

۵۸۲ ـ سوم ـ ممکن است که مستاجر در مدت اجاره در خانه یا زمینی که اجاره کرده است وضع بنا یا غرس اشجار کند در این صورت قانون بین موردیکه اقدام مستاجر بدون اجازه موجر بوده ویا با اجازه او فرق کذاشته و برای هر موردی حکم خاصی مقرر داشته است .

نسبت بموردی که وضع بنا یاغرس اشجار بدون اجازه بوده است مادهٔ ۵۰۳ مقرر میدارد « هرکاه مستاجر بدون اجازه موجر درخانه یا زمینی که‌اجاره کرده‌وضع بنا یاغرس اشجار کند هر یك از موجر و مستاجر حق دارد هروقت بخواهد بنارا خراب و یا درخت را قلع نماید در اینصورت اکر درعین مستاجره نقصی حاصل شود بر عهده مستاجر است. » و نسبت بموردی کـه وضع بنا یاغرس اشجار با اجـازه بوده است مادهٔ ۵۰۴ میگویـد « هر کاه مستاجر بموجب عقداجاره مجاز دربنا یاغرس بوده موجر نمیتواند مستاجررا بخراب کردن یا کندن آن اجبار کند و بعد از انقضاء مدت اکر بنا یا درخت در تصرف مستاجر باقی بماند

موجر حق مطالبه اجرت المثل زمین را خواهد داشت واگر در تصرف موجر باشد مستاجر حق مطالبه اجرت المثل بنا یا درخت را خواهد داشت .»

۵۸۳ ـ چهارم ـ بالاخره ماده ۵۰۶ موردی را که مختص باجاره عقار یعنی اراضی مزروعی است پیش بینی کرده و مقرر میدارد « در اجاره عقار آفت زراعت از هر قبیل که باشد بعهده مستاجر است مگر اینکه درعقد اجاره طوردیگر شرط شده باشد » مقصود از آفت از هر قبیل یعنی اعم از ارضی یا سماوی . ارضی مثل سیل وغارت و تاخت و تاز و غیره . و سماوی مثل تگرگ و ملخ و غیره و علت اینکه آفت از هر قبیل بعهده مستاجر است آنست که منافع عین مستاجره ملك مستاجرمیباشد وهر مالك باید متحمل خساراتی بشود که در اثر آفات ارضی یا سماوی به مملوك او وارد می گردد .

مبحث دوم

در اجاره حیوانات

۵۸٤ ـ مطابق ماده ۵۰۷ « در اجاره حیوان تعیین منفعت یا بتعیین مدت اجاره است یا به بیان مسافت و محلی که راکب یا محمول باید بانجا حمل شود . » یعنی منافعی که در اجاره حیوان موجر بمستاجر تملیك میکند یا عبارتست از اینکه مستاجر در مدت معینی ازحیوان استفاده راکه آن حیوان معد برای آنست بنماید ، و یا اینکه مسافت معینی را طی کند، و ماده ۵۰۸ اضافه میکند « هر گاه منفعت به بیان مدت اجاره معلوم شود تعیین راکب یامحمول لازم نیست ولی مستاجر نمیتواند زیاده بر مقدار متعارف حمل کند. »

بدیهی است که این ترتیب اخیر در صورتی خواهد بود که حیوان برای رکوب یا حمل اجاره شده باشد و اگر حیوان برای مقصود دیگری اجاره شده باشد مستاجر نمی تواند از حیوان استفاده که مقصود از استیجار نبوده است بنماید . و نیز ماده مزبوره اضافه می کند که هر گاه « منفعت به بیان مسافت و محل معین شده باشد تعیین راکب یا محمول لازم است . » زیرا که در این صورت مؤجر باید بداند که حیوان او باید سواری دهد یا بار حمل نماید و در هر دو صورت راکب یا محمول که یا چه خواهد بود .

۵۸۵ ـ بر حسب ماده ۵۱۰ « در اجاره حیوان لازم نیست که عین مستاجره

حیوان معینی باشد بلکه تعیین آن بنوع معینی کافی خواهد بود. » و بنا بر این ممکن است یکنفر اسب یا قاطر معینرا اجاره نماید و یا یك یا چند رأس اسب یاقاطررا بدون اینکه شخصاً معین شده باشد و در هر حال اجاره یك یاچند حیوان بدون اینکــه نوع آن معین شده باشد صحیح نخواهد بود زیرا که مورد معامله مجهول است .

۵۸۶ - همانطور که مستأجر اشیاء باید عین مستأجره را برای همان مقصودی که قصد طرفین بوده است استعمال نماید همانطور مستأجر حیوان‌هم حیوان مورد اجاره‌را باید برای همان مقصودیکه قصد طرفین بوده است استعمال کند ، چنانــکه ماده ۵۱۱ همین حکمرا مقرر داشته و اضافه مینماید « بنا بر این حیوانیرا که برای سواری اجاره‌شده است نمیتوان برای بارکشی‌استعمال نمود. » وهمچنین حیوانیراکه برای عمل زراعت اجاره شده‌است نمیتوان برای آب کشیدن و یا سواری و غیره استعمال نمود . بالاخره مطابق ماده ۵۰۹ « در اجاره حیوان ممکن است شرط شود که اگر موجر در وقت معین محمولرابمقصد نرساند مقدار معینی از مال الاجاره کم‌شود. »

مبحث سوم
دراجاره اشخاص

۵۸۷ - در اجاره اشخاص کسیکه اجاره میکند یعنی‌کسیکه تعهد پرداخت اجاره را میکند مستأجر وکسیکه مورد اجاره واقع میشود یعنی کسیکه متعهد انجام عملی میشود اجیر و مال‌الاجاره هم اجرت نامیده میشود (ماده ۵۱۲)

۵۸۸ - مطابق ماده ۵۱۳ « اقسام عمده اجاره اشخاص از قرار ذیل است .

۱ - اجاره خدمه و کار گران از هر قبیل

۲ - اجاره متصدیان حمل ونقل اشخاص یا مال‌التجاره اعم از راه خشکی یا آب یاهوا.»

فقره اول
در اجاره خدمه و کارگر

۵۸۹ - ماده ۵۱۴ قانون مدنی مقرر میدارد که « خادم یا کار گر نمیتوانداجیر شود مگر برای مدت معینی یابرای انجام امر معینی. » اگرچه عبارت ماده ناظر برخادم و یا کارگر است ولی چون مطابق ماده ۵۱۳ قسم اول از اجاره اشخاص اجاره خدمه و

کارگران از هر قبیل است بنا بر این هر گاه کسی بهر عنوان که باشد خود را اجیر بدهد باید یا برای مدت معین ویا برای انجام امر معینی باشد ، وعلت این ترتیب آنست که از یك طرف ، مطابق قاعده کلی مدت اجاره باید معلوم شود ، و در اجاره اشخاص تعیین مدت که بالنتیجه تعیین منفعترا هم مینماید ، یا بتعیین مدت است و یا بتعیین عملی که باید انجام داده شود ، و از طرف دیگر اصل آزادی اشخاص ایجاب مینماید که هیچ‌کس نتواند از خود سلب آزادی کند ، و اگر کسی برای مدت نا محدودی اجیر شود و یا تعیین مدت به عهده مستأجر تنها وا گذار گردد ، آزادی اجیر بطور نا محدود سلب می گردد .

پس نظر بمراتب فوق هر گاه در اجاره اشخاص مدت اجاره معین نباشد اجاره باطل خواهد بود . وهمچنین اگر شخصی دیگریرا برای مدت عمرخود ویا برای مدت عمر اجیر اجاره نماید باز اجاره باطل خواهد بود ، زیرا که در اینصورت نیز مدت اجاره نا معلوم است ، و در هر دو حال نه فقط اجیر تنها بلکه مستأجر هم می تواند به این بطلان استناد نماید .

۵۹۰ ـ در اجاره اشخاص ، و مخصوصاً در اجاره خدمه و کارگر ، غالباً اتفاق میافتد که انتهای مدت بین طرفین معلوم نمیشود ولی اجرت از قرار روز یا هفته یا ماه یا سال معین میگردد ، در این صورت مطابق ماده ۵۱۵ « مدت اجاره محدود خواهد بود بمدتی که مزد از قرار آن معین شده است . بنابراین اگر مزد اجیر ازقرار روز یا هفته یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد ، مدت اجاره محدود بیك روز یا یك هفته یا یکماه یا یکسال خواهد بود ، و پس از انقضاء مدت مزبور اجاره بر طرف می شود . » ولی بدیهی است که اگر یکنفر نوکری استخدام میکند ، و اجرت او را از قرار ماهی فلان مبلغ معین مینماید ، نه مقصود مستأجر و نه مقصود اجیر اینست که مدت قرار داد آنها محدود بیکماه باشد ، وچنانکه معمولا دیده میشود که با تعیین اجرت نوکر از قرار ماهی فلان مبلغ ، ماهها و سالها میگذرد بدون اینکه طرفین قرار داد آنراخاتمه یافته تصور نمایند ، و برای پیش بینی همین مورد است که ماده ۵۱۵ رویه متخذه در ماده ۵۰۱ راتعقیب ودر قسمت دوم خود اضافه می نماید « ولی اگر پس از انقضای مدت اجیر بخدمت خود دوام دهد و موجر اورا نگاهدارد اجیر نظر بمراضاة حاصله بهمان

طوری که در زمان اجاره بین او و موجر مقرر بوده مستحق اجرت خواهد بود.» پس این قسمت از ماده ۵۱۵ فرض میکند که اگر بعد از انقضاء مدتی که اجـرت از قرار آن معین شده بود اجیر بخدمت خود دوام دهد و مستأجر هم او را نگاهدارد اجاره ضمنی که مرضی الطرفین است واقع شده و در نتیجه همین قرار ضمنی است که اجیر مستحق اجرت المسمی خواهد بود و نه مستحق اجرت المثل عمل خود ، منتهای مراتب چون قرار داد فقط قرار داد ضمنی است و در حقیقت برای طرفین الزام آور نمیباشد لذا هر یك از مستأجر واجیر میتواند هر وقت بخواهد آنرا بهم بزند .

فقره دوم

در اجاره متصدی حمل و نقل

۵۹۱ ـــ بطور کلی ممکن است کلیه اشخاصی را که خواه اتفاقاً و خواه حسب الشغل در مقابل اجرتی متصدی حمل و نقل اشخاص یا اشیاء از نقطهٔ بنقطه دیگر میشوند مکاری نامید چنانکه در قسمت حمل و نقل لایحه قانون تجارت بکلیه متصدیان حمل و نقل همین اسم داده شده بود . در هر حال متصدی حمل و نقل ممکن است یك چهار پادار بیشتر نباشد چنانکه ممکن است یك کمپانی کشتی رانیو یا یك کمپانی راه آهن باشد که دارای صد ها ملیون سرمایه است .

قرار دادی که بین متصدی حمل و نقل و ارسال کننده اشیاء و یا مسافرین واقع میشود همان عقد اجاره است . و این قرار داد ممکن است صریح باشد یا ضمنی ، بعبارة اخری ممکن است تراضی طرفین بالفاظو عباراتی که کاشف از قصد باشد حاصل گردد و یا فقط بفعل ، مثلا وقتی که صاحب اشیاء ، آنها را در بندر یا مغازه بمتصدی حمل و نقل و یا بعامل او میدهد و اجرت حمل را هم کلا یا جزأً میپردازد قرار داد حمل و نقل ضمنی بین آنها واقع میشود .

مطابق ماده ۵۱۶ « تعهدات متصدیان حمل و نقل اعم از اینکه از راه خشکی یا آب و یا هوا باشد برای حفاظت و نگاهداری اشیائی که بانها سپرده می شود همان است که برای امانت‌داران مقرر است ،بنابراین درصورت تفریط یاتعدی مسؤل تلف یاضایع شدن

اشیائی‌خواهندبود که برای حمل بانها داده میشود و این مسئولیت از تاریخ تحویل اشیاء به آنان خواهد بود.»

در موضوع مسئولیت متصدیان حمل و نقل نسبت به اشیائی که برای حمل به‌آنها داده می شود مقررات ماده ۵۱۶ مخالف با مقرراتی است ، که در اکثر از ممالك‌دیگر در این مورد اتخاذ شده است چه مطابق ماده مزبوره اصل عدم مسئولیت متصدی حمل‌و نقل است و بر عهده صاحبان اموال است که تعدی یا تفریط آنها را ثابت نمایند تا به متصدیان حمل و نقل مسئولیتی متوجه گردد . بر عکس تقریباً در تمام ممالك دیگرمتصدیان حمل و نقل مسئول خسارات وارده بر اشیاء محموله هستند مگر اینکه ثابت نمایند که خسارات مزبوره در اثر امری وارد شده است که بفعل آنها نمیتوان مستند نمود بعبارة اخری زحمت اثبات بر عهده متصدی حمل و نقل است و نه بر عهده صاحب مال .

اتخاذ ترتیب فوق برای حمایت تجارت بوده و بدین طریق تاجری که مال‌التجاره خود را حمل مینماید مطمئن خواهد بود که متصدی حمل و نقل نسبت بان مرتکب‌تفریط یا تعدی نخواهدشد. و حال آنکه با اصل عدم مسئولیت متصدی حمل و نقل، برای‌تاجری که خود دنبال مال التجاره نمیرود، اثبات تعدی یا تفریط متصدی حمل و نقل تقریباً محال می باشد .

۵۹۲ ـ بالاخره مطابق ماده ۵۱۷ « مفاد ماده ۵۰۹ در مورد متصدیان حمل و نقل نیز مجری خواهد بود » یعنی در قرار داد حمل و نقل ممکن است قید شود که اگر متصدی حمل و نقل اشخاص یااشیاء محمول را در وقت معین بمقصد نرساند مقدار معینی از مال‌الاجاره کم شود .

مبحث چهارم

در مقررات مشترکه

۵۹۳ ـ قانون مدنی در مورد اجاره حیوان و اجاره اشخاص تمام مواردی راکه ممکن است پیش آید و بین طرفین عقد موجب تنازع شود پیش بینی ننموده است ولی این سکوت مانع نمیشود از اینکه در موارد مزبوره احکام راجعه باجاره اشیاء درحدی که ممکن است شامل این مواردگردد اجرا شود . مثلا در اجاره حیوان باید موجر حیوان‌مورد

اجاره را بمستاجر تسلیم کند و مستاجر باید مال‌الاجاره را در موعد مقرر و اگر موعدمعین نشده باشد نقداً بپردازد . وهم چنین در اجاره اشخاص اجیر باید عملی را که برای آن اجیر شده است انجام دهد و مستأجر هم اجرت او را بپردازد و نیز عقد اجاره‌حیوان ویا اشخاص بانقضاء مدت اجاره برطرف میشود .

اگر احکام راجعه باجاره اشیاء ، در مواردی که ممکن است شامل اجاره حیوان‌ویا اشخاص گردد باید اجرا شود ، برعکس رعایت احکامی که نمیتواند شامل آن شودلازم نخواهد بود. مثلا در اجاره اشیاء مقرر شده است که « عقد اجاره بفوت موجر ویامستأجر باطل نمیشود » ولی بدیهی است که در اجاره اشخاص مثلاً، عقد اجاره بفوت اجیربرطرف میشود زیرا که در اینصورت مورد اجاره عمل اجیر بوده است وبا فوت او موضوع اجاره منتفی و بالنتیجه عقد منفسخ میگردد .

فصل پنجم

در مزارعه و مساقات

مبحث اول

در مزارعه

۵۹۴ ـ بموجب‌ماده ۵۱۸ « مزارعه عقدی است که بموجب آن احدطرفین زمینی را برای مدت معینی بطرف دیگر میدهد که‌آنرا زراعت‌کرده و حاصلرا تقسیم‌کنند. » اگر چه دراین تعریف‌ذکرنشده است که زراعت‌کننده باید حاصل زمینرا باکسیکه زمینرا باو داده است تقسیم کند ، ولی این امر بقدری بدیهی است که محتاج بذکر نمیباشد . در هر حال از ماده ۵۱۹ معلوم میشودکه در عقد مزارعه کسیکه زمین را میدهد مزارع و کسیراکه زراعت مینماید عامل مینامند .

علاوه بر این مطابق ماده مذکور « حصه هر یك‌از مزارع و عامل بایدبنحو اشاعه از قبیل ربع یا ثلث یا نصف و غیره معین گردد واگر بنحو دیگری معین شود احکام مزارعه جاری نخواهد بود . » بنا بر این اگر مثلا بین مزارع و عامل مقرر شده باشد که عامل زراعت نماید ، و یکصد خروار ازحاصل مال مزارع باشد ، در اینصورت احکام

مزارعه جاری نخواهد بود بلکه این قسم معامله همان اجاره معمولی عتار میباشد .

۵۹۵ ــ علاوه بر حصهٔ که‌برای احد طرفین‌معین میشود مطابق مادهٔ ۵۲۰ ممکن است در « مزارعه شرط شودکه یکی از دو طرف‌علاوه برحصه ازحاصل مال‌دیگری نیز به طرف مقابل بدهد » ولی اگر شرط شود که تمام ثمره مال مزارع و یا مال عامل تنهـا باشد مطابق مادهٔ ۵۳۲ عقد باطل خواهد بود .

۵۹۶ ـ هر گاه‌عقد مزارعه بموجب ماده‌فوق‌ویا بعلت دیگری باطل شود تمام‌حاصل مال صاحب بذر است و مطابق مادهٔ ۵۳۳ «طرف دیگر که‌مالك زمین یا آب‌یاصاحب عمل بوده است به نسبت آنچه‌که مالك بوده مستحق اجرت المثل خواهد بود. » حکم مندرج در این مادهٔ نتیجه حتمی حکمی است که بموجب مادهٔ ۳۳ مقرر شده و مطابق آن « نما و محصولی که از زمین حاصل‌میشودمال مالك زمین است مگر اینکه نما یا حاصل ازاصله یاحبه غیرحاصل شده باشد که در اینصورت‌درخت. و محصول مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود. »

پس در صورت بطلان عقد تمام محصول متعلق بمالك بذر بوده منتها ی مراتب مالك مزبور باید اجرت‌المثل عوامل دیگر را که متعلق بطرف مقابل بوده است باو بدهد. و بر عکس اگر بذر مشترك بین مزارع وعامل باشد مطابق قسمت اخیر مادهٔ ۵۳۳ « حاصل و اجرت‌المثل نیز به نسبت بذر بین آنها تقسیم میشود. » مثلا اگر بذر بین مزارع و عامل بالمناصفه مشترك بوده ولی زمین و آب مال مزارع و کاو و عمل مال عامل باشد در اینصورت باید طرفین محصول را بالمناصفه تقسیم کنند ولی مزارع بایدنصف تمام اجرت المثلی را که بگاو وعمل عامل تعلق میگیرد بعامل بدهد و عامل نصف تمام اجرت‌المثلی را که بزمین وآب مزارع تعلق میگیرد بمزارع بدهد .

۵۹۷ ـ ممکن است در مزارعه فقط زمین را مزارع بدهد و یا اینکه مزارع علاوه برزمین عوامل دیگری هم از قبیل بذروکاو وغیره بدهد چنانکه مادهٔ ۵۲۱ مقرر میدارد که « درعقد مزارعه ممکن است هریك از بذر وعوامل مال مزارع باشد یا عامل در این صورت نیز حصه مشاع هر يك از طرفين بر طبق قرار داد یا عرف بلـد خواهد بود.»

کلیه روابط حقوقی که بین مالك املاك مزروعی ورعایای آن املاك موجود است

در نتیجه همین عقد مزارعه است که خواه بالصراحه وخواه ضمناً بین مالك ورعیت منعقد شده است و تقسیم حاصل بین آنها مطابق عرف بلد بعمل می آید . اگر چه این عرف باختلاف بلد متفاوت است ولی بطور کلی در ایران ، برای زراعت پنج عامل حساب می نمایند که عبارتست از : زمین — آب — بذر — گاو — عمل — و معمولا حصه مشاع هریك از مالك ورعیت به نسبت این پنج عامل معین میشودبنا براین اگر مالك فقطزمین و آب بدهد درصورتیکه بذروگاو وعمل مال رعیت است دو خمس از حاصل متعلق به مالك وسه خمس متعلق برعیت خواهد بود ولی بدیهی است که این ترتیب در همه جا یکسان نبوده ، ودر هرصورت اگر بین مزارع و عامل قرارداد مخصوصی برای تعیین حصه نباشد معمول به بلد باید رعایت گردد وهمین مقصود است که بموجب ماده ۵۲۱ که فوقاً مذکور شد تصریح شده است . درهرحال همینکه ثمره زرع ظاهر شد عامل مالك حصه خود از آن میشود (ماده ۵۳۱) .

۵۹۸ — مزارع یعنی کسیکه زمین را میدهد لازم نیست که مالك آن زمین باشد و مطابق ماده ۵۲۲ « باید مالك منافع بوده یا بعنوانی از عناوین از قبیل ولایت و غیره حق تصرف درآن را داشته باشد. » این حکم تقریباً همان حکمی است که بموجب ماده ۴۷۳ درباب اجاره معین شده است، چه ماده مزبورمقررمیدارد که « لازم نیست موجر مالك عین مستأجره باشدولی باید مالك منافع آن باشد. »

۵۹۹ — اگر مزارع مجبور نیست که علاوه برزمین عوامل دیگر هم بدهد ولی درهرحال مطابق ماده ۵۲۳ « زمینی که مورد مزارعه است باید برای زرع مقصود قابل باشد اگرچه محتاج باصلاح یا تحصیل آب باشد و اگر زرع محتاج بعملیاتی باشد از قبیل حفر نهر یاچاه وغیره وعامل درحین عقد جاهل بان بوده باشد حق فسخ معامله را خواهد داشت. »

۶۰۰ — مطابق ماده ۵۲۴ « نوع زرع باید در عقد مزارعه معین باشد مگر اینکه برحسب عرف بلد معلوم ویا عقد برای مطلق زراعت بوده باشد . درصورت اخیر عامل در اختیار نوع زراعت مختار خواهد بود. » ولی اگر درعقدمزارعه زرع معین قید شده باشد و عامل غیر آنرا زرع نماید مطابق ماده ۵۳۷ مزارعه باطل وبرطبق ماده ۵۳۳ که فوقاً مذکور شد رفتار میشود یعنی محصول متعلق بمالك بذر بوده و طرف دیگر که مالك

زمین یاآب یا عمل باشد بەنسبت آنچه کـه مالك بـوده مستحق اجرت المثل‌خواهد بود .

۶۰۱ - مطابق مادهٔ ۵۲۵ عقد مزارعه عقدی است لازم وبنابر این بفوت‌متعاملین یا احد آنها باطل نمیشود مگر اینکه مباشرت عامل شرط شده باشد که در این صورت به فوت او منفسخ میشود،چنانکه همین حکم را مادهٔ ۵۲۹ صراحتاً مقرر میدارد. و بعلاوه همانطوری که در ضمن اجارهٔ مذکور شد ممکن است که مزارع مالك عین زمین نبوده ولی منافع آنرا برای مدت عمر خود مالك بوده باشد . در اینصورت نیز عقد مزارعه بفوت مزارع منفسخ میشود (مادهٔ ۵۳۰) ونیز همان طوریکه نسبت بعقد اجارهٔ مذکور شد که عقد مزبور بعلت خروج عین مستأجره از قابلیت انتفاع منفسخ میشود همان طور در مورد عقد مزارعه هم اگر « زمین بواسطه فقدان آب یاعلل دیگر از این قبیل از قابلیت انتفاع خارج شود ورفع مانع ممکن نباشد عقد مزارعه منفسخ میشود »(مادهٔ۵۲۷)

۶۰۲ - علاوه بر موارد بطلان یا انفساخی که فوقاً مذکور شد موارد دیگری نیز موجود است که در آن موارد خواه برای عامل و خواه برای مزارع ایجاد حق فسخ میشود . مثلا بموجب مادهٔ ۵۲۸ درصورتیکه شخص ثالثی قبل از اینکه زمین مورد مزارعه تسلیم عامل شود آنرا غصب کند عامل مختار برفسخ میشود ولی‌اگر غصب بعد از تسلیم واقع شود عامل حق فسخ ندارد و باید خود بغاصب رجوع کرده رفع مزاحمت اورا بنماید و برعکس اگر عامل در اثناء یا درابتداء عمل زراعت زمین را ترك کند وکسی نباشد که عمل را بجای او انجام دهد حاکم بتقاضای مزارع‌عامل را اجبار به انجام میکند و یا عمل را بخرج عامل ادامه می‌دهد و در صورت عدم امکان مزارع حق فسخ دارد . این‌حکم‌اخیر که‌بموجب مادهٔ ۵۳۴ مقرر است در حقیقت یکی از نتایج حکمی است که بطور کلی برطبق مادهٔ ۲۳۸و۲۳۹ راجع بانجام شرط فعل مقرر شده است وبالاخره مطابق مادهٔ ۵۲۶ « هریك از عامل ومزارع میتوانند در صورت غبن معامله را فسخ کنند . »

موارد فسخ که فوقاً مذکور شد انحصاری نبوده بلکه هریك از عامل ومزارع‌می تواند برطبق احکام راجعه بخیارات ازحق فسخی که ممکن است داشته باشد استفاده نماید مثلا هریك از آنها میتواند در صورتیکه طرف مقابل برخلاف شرایط مقرر در عقدرفتار نماید عقد را بعلت خیار تخلف شرط فسخ نماید .

۲۰۳ - در هرحال واعم از این که فسخ ازطرف مزارع باشد یا عامل ممکن است که قبل از ظهور ثمره باشد یابعد از آن . اگر فسخ قبل‌ازظهور ثمره باشد مطابق‌ماده ۵۳۸ « حاصل مال مالك بذر است وطرف دیگر مستحق اجرت‌المثل‌خواهد بود .» واگر برعکس فسخ بعداز ظهور ثمره واقع شود مطابق ماده ۵۳۹ « هریك از عامل ومزارع به نسبتی که بین آنها مقرر بود شریك در ثمره هستند لکن از تاریخ فسخ تا برداشت حاصل هریك باخذ اجرت‌المثل زمین و عمل و سایر مصالح الاملاك خود که بحصه مقرر طرف دیگر تعلق می گیرد مستحق خواهد بود.» مثلا اگر بین طرفین مقرر شده باشد که دوخمس حاصل مال مزارع وسه خمس آن مال عامل باشد در صورتی که زمین و آب مال مزارع بوده وبذر وکاو وعمل مال عامل بوده است در اینصورت اگر فسخ بعد از ظهور ثمره باشد مطابق مقرر بین طرفین دوخمس حاصل مال مزارع وسه خمس آن مال عامل خواهد بود ولی مزارع باید دوخمس تمام اجرت‌المثل عوامل و مصالح الاملاك متعلق بعامل را که بحصه مزارع تعلق گرفته است بعامل بدهد و همچنین عامل باید سه خمس تمام اجرت‌المثل زمین وآب مزارع را که عامل درحصه خود از آن استفاده کرده است بمزارع بدهد .

اگر در مقررات دوماده فوق تدقیق شود معلوم خواهد شد که در ماده ۵۳۸ تعقیب حکم کلی ماده ۳۳ قانون مدنی شده و حاصل تخصیص بمالك بذر داده شده است چنانکه همین ترتیب در ماده ۵۳۳ هم که راجع به بطلان عقد مزارعه است اتخاذ شده است. برعکس در ماده ۵۳۹ بحکم مندرج در ماده ۳۳ اهمیت داده نشده و حاصل به‌نسبت مقرر بین طرفین تعلق بانها یافته است اگرچه بذر تماماً مال یکی ازآن ها بوده باشد . علت این اختلاف آنستکه تعلق حاصل بمالك بذر من‌باب تبعیت مملوك است و مادام که ثمره ظاهر نشده است حاصل نیز از توابع بذر محسوب و متعلق بمالك بذر خواهدبود ولی همینکه ثمره ظاهر شد ومال مستقلی گردید بنحویکه بتوان آنرا مال بالاستقلالی فرض نمود در این صورت قرارداد مزارعه نتایج مطلوبه را بخشیده و مالکیت هریك از مزارع و عامل در حصه خود از ثمره که ظاهر شده است مستقلا مستقرگردیده وبنا براین فسخ عقد بعد از ظهور ثمره وقبل از برداشت محصول مانع نخواهد بود که محصول به طریقی که بین طرفین مقرر شده بود تقسیم گردد منتهای مراتب طرفین باید از زمان

فسخ تا برداشت محصول اجرت‌المثل سایر عوامل زراعت را که متعلق بطرف مقابل بوده است به نسبت سهم خود از محصول بطرف مزبور بدهند .

۶۰۴ ـ عامل مکلف است که در زراعت مواظبت لازم را بنماید تانقصی در آن حاصل نگردد و مطابق مادهٔ ۵۳۶ « هرگاه عامل بطورمتعارف مواظبت در زراعت‌ننماید و از این حیث حاصل کم شودیاضرر دیگری‌متوجه مزارع گردد عامل ضامن تفاوت‌خواهد بود. » و همچنین اگر عامل زراعت نکند و مدتی که برای مزارعه مقررشده بودمنقضی گردد مطابق مادهٔ ۵۳۵ « مزارع مستحق اجرت‌المثل است » یعنی‌عامل باید اجرت المثل زمین و سایر عوامل زراعت راکه متعلق بمزارع بوده است‌بدهد .

۶۰۵ ـ ممکن است که مدت مزارعه منقضی‌شود و اتفاقاً زرع نرسیده باشد دراین صورت مطابق مادهٔ ۵۴۰ « مزارع حق داردکه زراعت را ازاله کند یا آنرا باخذ اجرت المثل ابقاء نماید » ولی همانطوری که از کلمه اتفاقاً که در این مادهٔ مندرج است‌معلوم میشود این ترتیب در صورتی خواهد بود که نرسیدن زرع اتفاقی باشد مثلا در نتیجه دوام سرما بیش از حد معمول، و الا اگر نرسیدن زرع در نتیجه امر اتفاقی نباشد مثلا در نتیجه این باشد که عامل بذر را دیر تر از فصل معمولی کاشته است، در اینصورت مورد مشمول مادهٔ ۵۳۶ خواهد بود .

۶۰۶ ـ مطابق مادهٔ ۵۴۱ « عامل میتواند برای زراعت اجیر بگیرد یا بادیگری شریك شود ولی برای انتقال معامله یاتسلیم زمین بدیگری رضای مزارع لازم است . »

۶۰۷ ـ بالاخرهٔ مطابق مادهٔ ۵۴۲ « خراج زمین بعهدهٔ مالك است‌مگر اینکه‌خلاف آن شرط شده باشد سایر مخارج زمین برحسب تعیین طرفین یا برحسب عرف و عادت است.»

مبحث دوم

در مساقاة

۶۰۸ ـ مادهٔ ۵۴۳ مساقات را بطریق ذیل تعریف میکند « مساقات معامله ایست که بین صاحب درخت وامثال آن با عامل در مقابل حصه مشاع معین از ثمرهٔ واقع میشود »

۶۰۹ ـ در حقیقت مساقات که از سقی (یعنی آبیاری کردن) مشتق است یکنوع از مزارعه است ، منتهای مراتب مزارعه برای زراعت و مساقات برای تربیت و بار آوردن

درخت موجود منعقد میشود ، و بهمین جهت است که مطابق مادهٔ ۵٤۵ مقررات راجعه بمزارعه که در مبحث قبل ذکر شده است در مورد عقد مساقات نیز مرعی میگردد مگر اینکه عامل نمیتواند بدون اجازهٔ مالك با دیگری شرکت نماید .

در مادهٔ مذکورهٔ علاوه بر ممنوعیت عامل از شرکت با دیگری ، قید شده است که عامل حق واگذار نمودن معامله را بدیگری ندارد ، و بدیهی است که با قسمت اول ماده که عقد مساقاة را تابع احکام راجعه به عقد مزارعه قرار میدهد ، این قید بیمورد میباشد ، چه در عقد مزارعه هم مادهٔ ۵٤۱ این حکم را بیان و مقرر داشته است که عامل نمی‌تواند بدون رضای مزارع معامله را بدیگری انتقال دهد یعنی واگذار نماید .

۶۱۰ – علاوه بر مورد مذکور فوق مورد دیگری نیز موجود است که عقد مساقات کاملا تابع احکام عقد مزارعه نمیباشد و آن عبارتست از موردی که عقد مساقات باطل یا فسخ شود . چه در این صورت مطابق مادهٔ ۵٤٤ ثمرهٔ مال مالك است و عامل فقط مستحق اجرت المثل خواهد بود و حال آنکه در عقد مزارعه در بعضی موارد حاصل مال مالك بذر و در موارد دیگر به نسبت مقرر بین طرفین بین آنها تقسیم میشود .

فصل ششم

در مضاربه

۶۱۱ – مادهٔ ۵٤۶ مضاربه را بطریق ذیل تعریف می کند « مضاربه عقدی است که بموجب آن احد متعاملین سرمایه میدهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریك باشند »

۶۱۲ – عقد مضاربه بی شباهت بشرکت تجارتی نیست منتهای مراتب در شرکت تجارتی غالباً هر یك از شرکاء مقداری سرمایه میدهد و بعلاوه ممکن است که سرمایه یك یا چند نفر غیر وجه نقد باشد و حال آنکه مطابق مادهٔ ۵٤۷ در عقد مضاربه « سرمایه باید وجه نقد باشد »

در هر حال کسیکه سرمایه می دهد مالك و کسیکه تجارت مینماید مضارب نامیده میشود .

۶۱۳ ـ در تقسیم منافع بین مالك و مضارب حصه هر يك از آنها بايد جزء مشاع از كل باشد مثل ربع يا ثلث و غيره. مثلا معين شده باشد كه ثلث منافع مال مضارب و دو ثلث ديگر مال مالك خواهد بود .

حكم مزبور بموجب مادهٔ ۵۴۸ مقرر است ولی اين مادهٔ معين نميكند كه در صورت عدم رعايت مقررات آن تكليف چه خواهد بود . در اين صورت ممكن است ادعا نمود كه عقد باطل است . چه اگر بين مالك و مضارب مقرر شده باشد كه مثلا از منافع حاصله فلان مبلغ معين مال مالك و بقيه مال مضارب خواهد بود چون نه بالغ شدن منافع بمبلغ مزبور و نه تجاوز آن از اين مبلغ محقق است لذا در حقيقت حصه طرفين مجهول و بنا بر اين عقد باطل محسوب است . و نيز ممكن است ادعا نمود كه عقد باطل نبوده ، ولی بطوريكه مادهٔ ۵۱۹ راجع بمزارعه مقرر داشته است كه هر گاه حصه هر يك از مزارع و عامل بنحو ديگری معين شده باشد احكام مزارعه جاری نخواهد شد در عقد مضاربه هم هر گاه حصه هر يك از مالك و مضارب بنحوی غير از اشاعه معين شده باشد احكام مضاربه جاری نميگردد بدون اينكه عقد باطل باشد . پس دراين صورت لازم است معلوم شود كه چنين عقدی تابع احكام كدام يك از اقسام عقود ميباشد ، چنانكه در عقد مزارعه بطوريكه سابقاً هم مذكور گرديد ، اگر حصه مزارع بنحو اشاعه معين نشده باشد ممكن است معامله بمنزله اجارهٔ عقار محسوب گردد . و چون عقد مضاربه را كه در آن حصه مالك بنحو اشاعه معين نشده باشد مشكل است بتوان داخل يكی از عقود ديگر نمود لذا تصور نميرود كه بتوان عدم بطلان آنرا تائيد كرد .

۶۱۴ ـ مطابق مادهٔ ۵۴۹ حصه هائی كه در عقد مضاربه برای طرفين معين ميشود بايد در ضمن عقد معلوم باشد مگر اينكه در عرف منجزاً معلوم ، و سكوت در عقد هم منصرف بآن گردد. مثلا اگر عادت بلد بطور غير قابل ترديد اين باشد ،كه در سنخ تجارتی كه موضوع مضاربه بوده است ، هميشه نصف عايدات مال مالك و نصف ديگر مال مضارب ميباشد ، حصه طرفين بايد در صورت عدم تصريح در عقد بالمناصفه معين شود

۶۱۵ ـ مطابق مادهٔ ۵۵۰ عقد مضاربه عقدی است جايز و بنا بر اين هر يك از طرفين هر وقت بخواهد می تواند آنرا فسخ نمايد حتی در صورتيكه برای تجارت مدتی معين شده باشد چنان كه مادهٔ ۵۵۲ مقرر ميدارد كه «هر گاه در مضاربه برای

تجارت مدت‌معین شده باشد تعیین‌مدت‌موجب لزوم عقدنمی شود » ولی‌چون برای تعیین مدت باید ترتیب اثری داده شود لذا ماده مزبوره اضافه میکند که « لیکن پس از انقضاء مدت مضارب نمیتواند معامله بکند مگر باجازه جدید مالك . » پس معلوم میشود که مقصود از تعیین مدت لازم نمودن عقد نمیباشد ، چه عقد جایز را نمی توان بخودی خودلازم نمود ، و بلکه مقصود محدود نمودن مدت اجازه مضارب است کـه در این صورت بعد از انقضاء مدت امکان مداومت بتجارت محتاج به اجازه جدید مالك است .

۶۱۶ ـ علاوه بر اینکه عقد مضاربه را هر یك از طرفین هروقت بخواهد میتواند فسخ نماید مواردی نیز موجود است کـه « عقد مزبور طبعاً منفسخ میشود » مطابق ماده ۵۵۱ موارد مزبوره از قرار ذیل است

۱ ـ در صورت موت یا جنون یا سفه احد طـرفین ۲ ـ در صورت مفلس شدن مالك ۳ ـ در صورت تلف شدن تمام سرمایه وربح ٤ ـ در صورت عدم امکان تجارتی که منظور طرفین بوده است .

۶۱۷ ـ در مضاربه ممکن است نوع تجارتی که عقد برای آن واقع میشود معین گردد و هم چنین ممکن است که مضاربه مطلق باشد یعنی تجارت خاصی شرط نشده باشد در صورت اول مضارب نمیتواند بغیر از تجارتی که در عقد تصریح شده است تجارت‌دیگر بنماید . اگر چه برای این مورد در قانون مدنی حکم خاصی وجود ندارد ولی از مفهوم مخالف ماده ۵۵۳ که تکلیف صورت دوم را معین کرده و مقرر میدارد « هرگاه مضاربه مطلق باشد یعنی تجارت خاصی شرط نشده باشد عامل میتواند هر قسم تجارتی را که صلاح بداند بنماید » معلوم می گرددکه هر گاه تجارت خاصی شرط شده باشد عامل نمی تواند غیر آن را بنماید . و در هر حال عامل باید در طرز تجارت متعارف را رعایت کند و الا مسئول خواهد بود چنانکه همین ترتیب را ماده ۵۵۵ نیز تکرار نموده و مقرر میدارد « کـه مضارب باید اعمالی را کـه برای نوع تجارت متعارف و معمول بلد یا زمان است بجا آورد » و بعلاوه ماده مزبوره اضافه میکند که « هرگاه مضارب اعمالی راکه بر طبق عرف بایستی باجیر رجوع کند خود شخصاً انجام دهد مستحق اجرت نخواهد بود» وعلت این ترتیب آنستکه مضارب مطابق عرف تجارت مختار بوده است انجام‌اعمال مزبوره‌راباجیر رجوع کند واگر برای‌ازدیادحصه خود در نفع اقدام باین امر کرده باشد نسبت بحصه مالك‌هم

تقریباً متبرع فرض شده و حق مطالبه اجرت نخواهد داشت و بعبارت اخری از یك طرف خود اقدام بنفع و از طرف دیگر اقدام بضرر خود کرده است .

۶۱۸ — نسبت بحفظ سرمایه مسئولیتی که متوجه مضارب میشود همان مسئولیت است که قانوناً بر عهده هر امینی وارد است و بنا بر این مضارب ضامن مال مضاربه نمیشود مگر در صورت تفریط یا تعدی چنان که همین حکم را ماده ۵۵۶ مقرر میدارد و در تعقیب همین فکر مادهٔ ۵۵۸ اضافه مینماید که اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهدبود یعنی‌درصورت عدم تفریط وتعدی‌هم مسئول سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله ازتجارت متوجه مالك نخواهد شد عقد باطل است مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب ازمال خودبمقدار خسارت‌یا تالف‌مجاناً‌بمالك تملیك کند. البته‌در نتیجه آزادی معاملات متعاملین مختارند هر شرطی را که مخالف قانون نباشد در ضمن عقد بنمایند وبنا براین میتوانند در ضمن عقد لازم قید کنند که هر گاه سرمایه تلف شود یا خسارتی از تجارت حاصل گردد مضارب باید معادل آن چه که تلف شده است و یا خسارتی که وارد گردیده است مجاناً از مال خود بمالك سرمایه تملیك کند .

۶۱۹ — و اگر بر عکس صاحب سرمایه باعامل‌قرار گذارد که تمام منافع مال مالك‌خواهد بوددر این‌صورت معامله مضاربه محسوب نمیشود وبموجب ماده ۵۵۷ عامل مستحق اجرت‌المثل خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که عامل عمل را تبرعاً انجام داده است .

در فرض مادهٔ مزبوره اگر بین صاحب سرمایه و عامل اجرت‌المسمی مقرر شده باشد معامله تابع احکام راجعه باجارهٔ اشخاص والا تابع احکام راجعه باستیفای از عمل غیر خواهد بود .

۶۲۰ — چون غالباً در عقد مضاربه تا اندازهٔ شخصیت مضارب منظور است ومالك سرمایه خود را با در نظر گرفتن شخص او بدست مضارب میسپارد لذا بموجب مادهٔ ۵۵۴ «مضارب نمی تواند نسبت بهمان سرمایه با دیگری مضاربه کند یا آنرا بغیر واگذار نماید مگر با اجازهٔ مالك »

۶۲۱ — بالاخره غالباً اتفاق میافتد که اشخاص پول‌خودرا بحساب جاری یا بحساب ثابت‌مدت دار بتجارتخانه و بانکها میسپارند ومؤسسات مزبوره باآن پول تجارت مینمایند لذامطابق مادهٔ ۵۵۹ در این قبیل معاملات احکام مضاربه جاری و نسبت بسرمایه حق المضاربه

تعالی خواهد گرفت ولی بدیهی است که برای احتراز از عدم امکان اخذ منفعت در صورت تلف شدن سرمایه یا ورود خسارت باید بین طرفین حکم مقرر در قسمت اخیر مادهٔ ۵۵۸ رعایت شده باشد یعنی در ضمن عقد قید شده باشد که مضارب باید درصورت تلف شدن سرمایه یا ورود خسارت بمقدار تالف یا خسارت بصاحب سرمایه مجاناً تملیک کند.

۶۲۲ — علاوه بر احکامیکه فوقاً مذکور گردید مادهٔ ۵۶۰ اجازه میدهد که طرفین بموجب عقد مقرراتی بین خود ایجاد کرده معامله خود را تابع آن مقررات بنمایند چه مادهٔ مزبوره مقرر میدارد که « بغیر از آنچه که فوقاً مذکور شد مضار به تابع شرایط و مقرراتی است که بموجب عقد بین طرفین مقرر است »

فصل هفتم

در جعاله

۶۲۳ — بموجب مادهٔ ۵۶۱ « جعاله عبارتست از التزام شخصی باداء اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیر معین » و بموجب مادهٔ ۵۶۲ «در جعاله ملتزم را جاعل طرف را عامل و اجرت را جعل میگویند »

شاید در بادی امر از ملاحظه تعریف فوق بشود استنباط نمود که جعاله نمیتواند همه وقت عقد محسوب گردد . زیرا که برای امکان وقوع عقد وجود دو طرف معین لازم است و حال آنکه در جعاله ممکن است که بیش از یکطرف معین و معلوم نباشد چه مثلا اگر کسی بگوید که من ملتزم میشوم بدادن پنجتومان بهر کسیکه اسب مرا پیدا نماید معلوم نیست که طرف عقد کیست .

استدلال فوق بالنسبه قوی بوده و ممکن است ادعاء نمود که جعاله همیشه عقد نیست ، بلکه لا اقل در موقعی که طرف معین نباشد ایقاع است ، و اگر در قانون مدنی جعاله بهر حال جزو عقود ذکر شده از این نقطه نظر است که هر گاه در حین التزام جاعل طرف معین موجود نباشد ، امر از دو حال خارج نخواهد بود یعنی یا کسی یافت می شود که اقدام بعمل مطلوب نماید یا نه . در صورت اول ، عامل با مباشرت بعمل مطلوب ، خود را طرف معامله واقع ساخته ، و در مقابل قصد التزامی که جاعل بر فرض یافت

شدن عامل ، بطور ایجاب اظهار کرده بود ، طرف قبول واقع شده و بنا بر این عقد عقد کامل می گردد . و اگر بر عکس ، کسی یافت نشود که به عمل مطلوب اقدام کند ، التزام جاعل که تحقق آن مقید به یافت شدن عاملی بود بواسطه یافت نشدن او از بین خواهد رفت .

درقانون‌مدنی‌هم اگرچه‌جعاله جزوعقود ومعاملات ذکرشده است ، ولی از اطلاق عقد باین امر احتراز گردیده . چنانکه در ماده ٥٦٥ مثلا گفته شده است که « جعاله تعهدی است جائز » و حال آنکه اگر عقیده راسخ تدوین کنندگان قانون مزبور بر عقد بودن جعاله میبود بایستی گفته باشند که جعاله عقدی است جائز .

در هر حال تصور نمیرود که در عقد بودن جعاله بتوان قطعاً تردید نمود چه‌تنها فرق بین عقد و ایقاع آنست که در عقد قصد واراده طرفین مؤثر بوده و ارادهٔ یکی‌بدون قصد و رضای دیگری مانع از وقوع آن می شود و حال آنکه در ایقاع ، مثلا درطلاق، قصد و اراده یک طرف در وقوع یا عدم وقوع آن مدخلیت ندارد و چون در جعاله اراده و قصد عامل بالاخره بی مدخلیت نیست لذا این امر داخل درعقوداست‌و‌نه‌جزوایقاعات.

با فرض اینکه جعاله از جمله عقوداست‌اشکال ذیل ممکن است پیش آید و آن این است که آیا اقدام عامل به عملی کــه مورد جعاله میباشد باید بمنزله شرط متأخر محسوب شود و یا بمنزله سبب تا م انتقال ؟ توضیح آنکه اگر اقدام عامل سبب تام انتقال محسوب گردد عامل مالك جعل نمیشود مگر از تاریخ انجام عمل و اگر بر عکس اقدام عامل شرط متأخر باشد عامل پس از انجام عمل ولی از تاریخ ایجاب جاعل مالك جعل میشود و بنا بر این تمام ثمرات و نماآت مالی که بعنوان جعل معین شده است از تاریخ جعاله متعلق بعامل خواهد بود و نه از تاریخ انجام عمل.

برای ادعای اینکه انجام عمل سبب تام انتقال است و نه شرط متأخر ممکن است استدلال نمود که مالکیت عامل نسبت به جعل معلق به انجام عمل بوده است و بنا بر این عامل از تاریخی میتواند مالك جعل گردد که عمل را انجام داده باشد . و بر عکس برای ادعای اینکه انجام عمل شرط متأخر است میتوان استدلال کرد که راست است‌عامل از تاریخ انجام عمل میتواند ادعای مالکیت جعل را نماید ولی این نکته مانع نمیباشد از اینکه مالکیت جعل از تاریخ ایجاب جاعل به او منتقل گردد و نه از تاریخ انجام عمل‌چنانکه

در بیع فضولی هم مالکیت مشتری مقید است به اینکه مالك اجازه نماید ولی همینکه مالك بیع را اجازه نمود مشتری از تاریخ عقد مالك محسوب است و نه از تاریخ اجازه و بنابراین در جعاله انجام عمل باید شرط متأخر و کاشف از مالکیت محسوب شود و نه ناقل و یا سبب تام انتقال .

٦۲٤ ـ در جعاله نه فقط معین بودن طرف لازم نیست بلکه ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد چنانکه مادهٔ ٥٦٤ صریح در این معنی است . مردد بودن عمل وقتی است که جاعل مثلا بگوید هر کسی اسب یا ساعت مرا پیدا کرد فلان مبلغ میدهم و کیفیات آن وقتی نا معلوم است که قبلا معلوم نباشد چه اقداماتی باید برای انجام عمل مطلوب بجا آورد .

٦۲٥ ـ بالاخره در جعاله علاوه بر طرف و عمل که لازم نیست معین و معلوم باشد معلوم بودن اجرت هم من جمیع الجهات لازم نیست چنانکه مادهٔ ٥٦۳ در این مورد مقرر میدارد که « در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست بنا بر این اگر کسی ملتزم شود که هر کس کم شدهٔ او را پیدا کند حصه مشاع معینی از آن مال او خواهد بود صحیح است »

٦۲٦ ـ اگر معلوم نبودن طرف ، یا مردد بودن عمل ، و یا بالاخره مصرح نبودن اجرت از جمیع جهات آن ، موجب بطلان جعاله نمیشود برعکس مطابق مادهٔ ٥۷۰ « جعاله بر عمل نامشروع و یا عمل غیر عقلائی باطل است » زیرا که در این صورت معامله شرایطی را که برای صحت آن لازم است فاقد خواهد بود .

٦۲۷ ـ مطابق مادهٔ ٥٦۷ « عامل وقتی مستحق جعل میگردد که متعلق جعاله را تسلیم کرده یا انجام داده باشد » و مطابق مادهٔ ٥٦۸ هرگاه « عاملین متعدد بشرکت هم عمل را انجام دهند هر یك به نسبت مقدار عمل خود مستحق جعل میگردد »

٦۲۸ ـ عامل نسبت بمالی که جعاله برای آن واقع میشود امین محسوب است و بنابراین اگر از وقتیکه مال بدست او میرسد تا موقعی که آنرا بجاعل ردکند نسبت بان مرتکب تفریط یا تعدی گردد ضامن خواهد بود (مادهٔ ٥٦۹) .

٦۲۹ ـ بموجب مادهٔ ٥٦٥ که فوقاً هم اشاره به آن گردید « جعاله تعهدی است جائز » یعنی عقدی است جائز و بنا بر این مادام که عمل به اتمام نرسیده است هریك از طرفین میتواند

رجوع کند . پس انجام عمل شرط لزوم جعاله بوده وهمینکه عمل انجام یافت دیگر جاعل نمی تواند از جعاله رجوع کرده و به این استناد از تأدیه جعل خود داری کند وحتی اگر جاعل بعد از اقدام عامل ودر اثناء عمل رجوع نماید مطابق قسمت اخیر ماده ٥٦٥ «باید اجرت المثل عمل عامل را بدهد.» زیرا که عامل اقدام بعمل نموده و اگر نتیجه مطلوبه را که در ازاء آن بایستی مستحق اجرت گردد تحصیل ننموده باشد ، نظر برجوع جاعل است . وبنا براین جاعل باید اجرت المثل آن اندازه عملی را که عامل بجا آورده است بدهد ، وبرعکس اگر فسخ ازطرف خود عامل باشد عامل حق مطالبه اجرت المثل نخواهد داشت زیرا که خود اقدام بضرر خود کرده است .

٦٣٠ - باوجود مراتب فوق ممکن است موردی پیش آید که عامل مستحق اخذ اجرت بشود اگرچه فسخ از طرف خود او باشد ، وآن در موردی است که بموجب ماده ٥٦٦ پیش بینی شده است و مطابق ماده مزبوره « هرگاه درجعاله عمل دارای اجزاء متعدد بوده و هریك از اجزاء مقصود بالاصاله جاعل بوده باشد وجعاله فسخ گردد عامل از اجرت المسمی بنسبت عملی که کرده است مستحق خواهد بود اعم از اینکه فسخ از طرف جاعل باشد یا از طرف خود عامل . »

اجزاء متعدده عمل وقتی مقصود بالاصاله جاعل میباشد که جاعل بانجام هر جزئی از اجزاء همان علاقة را داشته باشد که بانجام تمام عمل دارد مثلا اگر تاجری صد عدل مال التجاره بخرد وبعد ملتزم شود که هر کس این عدل هارا بفلان محل ببرد برای هرعدل دو قران خواهد داد معلوم است که بردن هر عدل که جزئی از اجزای تمـام عمل است مقصود بالاصاله جاعل میباشد وبنا براین اگر بعد از بردن پنجاه عدل عامل جعاله را فسخ کند مستحق اخذ پنجاه عدد دوقران خواهد بود .

فصل هشتم

درشرکت

٦٣١ - بموجب ماده ٥٧١ « شرکت عبارتست ازاجتماع حقوق مالکین متعدد درشیئی واحد بنحو اشاعه . از تعریف مزبور فوق واضح است که ماده ٥٧١ بتعریف عقد شرکت کاملا موفق نشده است چه اجتماع حقوق مالکین متعدد درشیئی واحد بنحو اشاعه نتیجه عقد شرکت است

ونه تعریف آن ، وبهمین جهت است که بعضی‌ها عقد شرکت را بطریق‌ذیل تعریف نموده اند : « عقدشرکت عقدی است که ثمرهٔ آن جواز تصرف مالکین متعدد است درشیئی‌واحد بنحواشاعه . » این تعریف هم نمیتواند برای عقد شرکت تعریف جامع ومانعی محسوب‌شود زیرا نه‌فقط تعریف‌چیزی باذکر نتایجی‌که از آن حاصل‌میشود‌تعریف‌کامل محسوب‌نمی گردد، بلکه بر فرض‌قبول امکان‌چنین‌تعریف تعریف‌مزبور‌مانع نیست‌زیرا جواز تصرف‌مالکین‌متعدد درشیئی‌واحد بنحو اشاعه ممکن است ثمرهٔ عقد دیگری هم غیر از عقد شرکت واقع شود ، مثلا ممکن‌است در نتیجه عقد بیع یا عقد هبه و غیره بطوری که ذیلا مذکور خواهد شد مالکین متعدد مجاز در تصرف شیئی واحد باشند بنحو اشاعه.

قبل از اینکه بخواهیم برای عقد شرکت تعریف بالنسبه بهتر و مناسبتری ذکر نمائیم ، باید در حل اشکالی که نسبت باساس این عقد ممکن است پیش آید جهد کنیم و آن عبارت از این است که آیا برای شرکت عقد مستقلی موجود است یا نه ؟ دراین مورد منبع اشکال در خود قانون مدنی‌موجود است ، چه از یکطرف قانون مزبورشرکت را جزو عقود ذکر کرده و باین جهت ممکن است استدلال شود که شرکت عقدی است مستقل و مثل سایر عقود مستقلا بایجاب و قبول طرفین معامله واقع میشود و برای‌تقویت این نظر هم ممکن است از مادهٔ ۵۷۳ که راجع بشرکت اختیاری است استدلال نمود ، چه مادهٔ مزبوره مقرر میدارد که « شرکت اختیاری یا در نتیجه عقدی از عقود حاصل‌می شود یا در نتیجه عمل شرکاء از قبیل مزج اختیاری » پس مزج اختیاری یکی‌از اسباب حصول شرکت اختیاری است که در عرض عقود واقع شده است ، و بنابراین باید گفته شود که ممکن است حصول شرکت را در نتیجه عقدی‌تصور نمود بدون اینکه طرفین‌عقد سهم الشر که خود راممزوج نموده باشند ، و بر عکس ، از طرف دیگر تدوین کنندگان قانون مدنی از تصریح باینکه شرکت ، یعنی اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد بنحو اشاعه ؛ ممکن است در نتیجه عقد مستقل شرکت‌واقع شود احتراز کرده ، بلکه‌بجای عقدشرکت‌خودشرکت‌را تعریف کرده‌اندوبا این طریق‌مشکل‌است‌بااستنادبموادقانون‌مزبور صریحاً اظهارعقیده‌نمود براینکه عقدمستقل‌شرکتی موجوداست‌که باایجاب وقبول بوسیله الفاظ دال بر معنای‌مشارکت منعقد میگردد ، بدون اینکه اطراف عقدمجبور بمزج سهم‌الشرکه خودباشند ؛ و اگر درضمن مادهٔ ۵۷۳ بعقدیا عقودی‌اشاره شده است که موجب حصول شرکت اختیاری

میشود آن عقدیست غیر از عقد شرکت از قبیل‌عقد بیع یا هبه یا صلح که نتیجتاً ممکن است موجب اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد بشود بنحو اشاعه ، و اگر فرض عقد مستقلی برای حصول شرکت ممکن باشد باید قید کرد که تحقق چنین عقدمیسر نخواهد شد مگر با مزج سهم‌الشرکه ها چنانکه در بعضی از عقود هم حصول نتیجه مطلوبه از آن عقد بصرف وقوع عقد میسر نیست وبلکه عمل دیگری لازم است که‌تا عقدواقع شده تحقق پیدا کند ، مثل اینکه درعقد رهن نتیجه مطلوبه ازاین عقدتحقق‌پیدانمیکند مگر بعداز قبض مال مرهون اگر چه قبض استمراری نباشد . درصورت‌قبول‌این نکته باید نتیجه حتمی آنرا نیز قبول نمود و آن عبارت است از عدم امکان حصول شرکت اختیـاری در نتیجه عقد مستقل شرکت نسبت باموال غیر مثلی و اموال مثلی و غیر مثلی باهم وبطور کلی نسبت باموالی که قابل مزج‌نمیباشند ، چه‌مثلا اگر دونفر بخواهند نسبت بپنجاه رأس گوسفند که متعلق بیکی از آنهـا میباشد و پنج رأس گاو که‌از حیث قیمت مساوی با پنجاه رأس گوسفند ومتعلق بدیگریست ، عقد مستقل شرکت واقع سازند تا بالمناصفه وبنحو اشاعه‌مالک آنها بشوند ، حصول این نتیجه بواسطه غیر قابل مزج بودن گاو و گوسفند غیر ممکن خواهدبود ، وبلکه باید قدری‌هم دورتررفته‌اذعان نمود که‌هرگاه سهم‌الشرکه‌هریك ازطرفین معامله از جنس واحد باشد ولی مزج آنها بطریقیکه‌قابل تفکیك نباشند ممکن نگردد ، حصول‌شرکت در اینصورت‌نیز بوسیله‌عقد مستقل شرکت غیرممکن خواهد بود ، مثلا اگر اطراف معـامله بجای اینکه یکی مالك گوسفندو دیگری مالك گاوباشد هردو مالك یك مقدار معین گوسفند باشندچون مزج گوسفندهابایکدیگر بنحوی‌که نشود آنهارا ازیکدیگر تفکیك نمود غیر ممکن است لذا در این مورد هم حصول شرکت بوسیله عقد مستقل شرکت میسر نخواهد شد .

ایراد وارد و اشکال بموقعی که ممکن است بنظریات مزبوره فوق نمود عبـارت است از اینکه تقریباً همیشه نظر قانون مدنی تقویت و بلکه متابعت قصد اطراف‌معامله‌میباشد بعبارة اخری قانون مزبور در هر موردی که نص صریحی اجراء قصدی را منع نکرده‌باشد اطراف معامله را مجاز نموده است که معامله منظوره را مطابق قصد خود واقع سازنـد و باین طریق چگونه ممکن است از حصول شرکت اختیاری در نتیجه عقد مستقل شرکت و بدون احتیاج بمزج سهم‌الشرکه ها جلوگیری شده باشد در صورتیـکه واضح و مبین شود که مقصود واقعی اطراف معامله‌از انعقاد عقدمستقل شرکت‌همان مجتمع نمودن حقوق‌خودشان

است در شیئی واحد که عبارت از مجموع سهم الشرکه ها باشد بنحو اشاعه :

پس اگر بخواهیم که از یك طرف بروح و مفاد عمومی قانون مدنی استناد کرده و از طرف دیگر بنص صریح مادهٔ (۱۰) قانون مزبور که بموجب آن «قرار دادهای خصوصی نسبت بکسانیکه آنرا منعقد نموده اند در صورتیکه مخالف صریح قانون نباشد نافذ است» حقیقتی قائل شویم باید اذعان کنیم که چون نص صریحی تحقق عقد مستقل شرکت را متوقف بمزج واقعی سهم الشرکه ها ننموده است لذا باید حصول شرکت اختیاری درنتیجه عقد مستقل شرکت ممکن باشدبدون اجبار بمزج سهم الشرکه‌ها چنانکه این نظر مورد قبول بعضی از علماء علم حقوق هم که در اقلیت واقع شده اند می‌باشد ودیگران که‌نمیتوانستند بطور قطع و نامحدود منکر حصول شرکت نسبت باموال غیر قابل مزج شوند قضیه را باینطریق حل کرده‌اند که اگر قصد اطراف معامله چنین باشد باید بجای عقد مستقل‌شرکت عقدی از عقود ناقله را واقع سازند مثلا اگر دو نفر بخواهندنسبت بیك مقدار گوسفند که مال یکی و یکمقدار گاو که مال دیگر یست بالمثالثه شریك‌شوند باید یکی‌ازآنها دوثلث مشاع از مملوك خود را در مقابل یك‌ثلث مشاع از مملوك طرف مقابل بطرف مزبور صلح کند و یاعقدیگری که‌ناقل مالکیت‌باشدواقعسازند. درهر حال اگرمتابعت قصد اطراف معامله‌و قائل‌شدن حقیقتی بنص‌مادهٔ (۱۰) قانون مدنی مقبول افتد دیگر برای حصول شرکت در نتیجه عقدمستقل عایقی موجود نخواهد بود و برای نیل باین مقصود نه فقط مزج سهم‌الشرکهٔ که مثل هم باشند لازم نمیباشد بلکه در مورد اموال غیر قابل مزج هم شرکت ممکن است حاصل شود بدون اینکه توسل بعقدی از عقود ناقله لازم گردد،

از تمام مطالب فوق معلوم می شود که بـه کلمه شرکت ممکـن است دو معنی قائل شد :

اولا-این کلمه بجای عقدی از عقود استعمال میشود که آن عبارت‌است‌ازعقد شرکت مثل اینکه بیع یا اجارهٔبجای‌عقد‌بیع‌یاعقداجارهٔ استعمال میگردد.

ثانیاً ــ شرکت عبارت ازوضعیت مالکین‌متعددی که حقوق آنها در شیئی واحد بنحواشاعه مجتمع شده باشد که آن وضعیت را شیاع هم میگویند .

پس در صورتی کـه امکـان وقوع شرکت مستقل بدون تشبث بـه عقد ناقل

دیگری و بدون احتیاج به مزج سهم الشرکه ها قبول شود عقد شرکت را می توان بطریق ذیل تعریف نمود .

عقد شرکت عقدیست که بموجب آن هر یك از اطراف معامله مقداری مال برای انجام مقصودی بشرکت میگذارد و در مجموع آنها هر یك به نسبت سهم الشرکه خود بنحو اشاعه مالك می شود . و بر عکس اگر با قائل شدن بامکان حصول شرکت در نتیجه عقد مستقل ، تحقق آن را بدون مزج سهم الشرکه ها نتوان قبول نمود عقد شرکت عبارت خواهد بود از عقدی که بموجب آن هر یك از اطراف معامله مقداری مال خود را بشرکت میگذارد و در مجموع آنها پس از مزج هر یك به نسبت سهم الشرکه خود بنحو اشاعه مالك میشود .

و بالاخره اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد بنحو اشاعه که تعریف مندرج در مادهٔ ۵۷۱ است تعریف شرکت بمعنی اشاعه خواهد بود و نه تعریف عقد شرکت .

۶۳۲ - در هر حال شرکت یعنی عقد شرکت بر دو قسم است : شرکت تجاری و شرکت حقوقی .

تشخیص شرکت تجاری از شرکت حقوقی با موضوع شرکت است یعنی با تشخیص مقصودیست که شرکت برای انجام آن تشکیل میگردد ،

اگر دو یا چند نفر هریك مقداری سرمایه بگذارند برای خرید وفروش مال التجارهٔ مثلا شرکت آنها شرکت تجاری خواهد بود ، وبرعکس اگر دو یاچند نفر مشترکاً خانهٔ را به خرند که در آنجا سکونت نمایند شرکت آنها شرکت حقوقی میباشد .

احکام قانون مدنی راجع است بشرکت حقوقی وبلکه احکام مزبور راجع است به شیاعی که ممکن است قهراً یا اختیاراً بین چند نفر حاصل شود وبهمین جهة است که مادهٔ (۵۷۲) میگوید « شرکت اختیاریست یا قهری »

۶۳۳ - (الف) - شرکت اختیاری - مطابق مادهٔ ۵۷۳ « شرکت اختیاری یا در نتیجه عقدی از عقود حاصل میشود یا در نتیجه عمل شرکاء از قبیل مزج اختیاری یا قبول مالی مشاعاً در ازاء عمل چند نفر ونحواینها »

پس بموجب این مادهٔ شرکت باشیاع اختیاری نیز بر دوقسم حاصل میشود : اول

در نتیجه عقدی‌ازعقود ـ دوم در نتیجه‌عمل شرکاء .

اول ـ شرکت حاصل در نتیجه عقدی از عقود ـ این شرکت ممکن است در نتیجه تمام عقود ناقله از قبیل بیع وهبه وصلح و غیره حاصل گردد مثلا اگر دونفر یك خانه را مشاعاً و بالمناصفه بخرند در آنخانه بالمناصفه شریك خواهند بود و همچنین اگر یك نفر ثلث مشاع خانه خود را بدیگری هبه ویا صلح کند با متهب یا متصالح به نسبت دو ثلث ویك ثلث شریك خواهد بود .

دوم ـ شرکت حاصل درنتیجه عمل شرکاء ـ مثل اینکه چند نفر اموال خود را با یکدیگر ممزوج نمایند ویا مالی را مشاعاً در ازاء عمل خود قبول کنند .

۶۳۴ ـ (ب) شرکت قهری ـ بموجب مادهٔ ۵۷۴ « شرکت قهری اجتماع‌حقوق مالکین است که در نتیجه امتزاج یا ارث حاصل میشود » پس اگرکسی بمیرد وراث او در ترکه میت به نسبت سهم‌الارث خود قهراً شریك میشوند ، وهمچنین اگر بین مال دو نفر برخلاف ارادهٔ آنها امتزاجی حاصل شود ، مثل اینکه حمال آرد متعلق بیکنفررااشتباهاً بروی آرد دیگری بریزد ، صاحبان آرد به نسبت سهم خود مالك مشاع مجموع آن آرد می گردند .

۶۳۵ ـ در هرحال همینکه دویاچند نفر بنحوی از انحاء درمالی شریك شدندیعنی حقوق آنها در مال مزبور بنحو اشاعه مجتمع گردید ، شرکاء به نسبت سهم خود در نفع وضرر آن مال سهیم میباشند مگر اینکه مطابق مادهٔ ۵۷۵ برای یك یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیادتری منظورشده باشد مثل اینکه یك نفر از شرکاء راشرکاء دیگر برای ادارهٔ کردن اموال مشترك معین نمایند ودرازاء این عمل او برای اوسهم زیادتری در منافع معین کنند .

۶۳۶ ـ طرز اداره کردن اموال مشترك تابع شرایط مقررهٔ بین شرکاء خواهدبود (مادهٔ ۵۷۶) وچون شرکاء مختار میباشند که با تراضی همدیگر برای ادارهٔ اموال شرکت هر ترتیبی را که صلاح بدانند معین کنند لذا ممکن است یك‌یاچند نفر از بین خود یا یك یا چند نفر شخص خارجی را برای ادارهٔ کردنهٔ اموال شرکت معین کنند .

۶۳۷ ـ اختیارات شخص یا اشخاصی که برای ادارهٔ کردن اموال مشترك معین‌می شوند بنحوی خواهد بود که بین مدیر وشرکاء معین شده باشد اعم‌از اینکه مدیر یامدیران

از بین خود شرکاء معین گردند یا از میان اشخاص خارجی وهرگاه شریکی در ضمن عقد باداره کردن اموال شرکت مأذون بشود بدون اینکه برای او حدود اختیاراتی معین شده باشد مطابق ماده ۵۷۷ « شریك مزبور میتواند هرعملی را که لازمه اداره کردن است انجام دهد و بهیچوجه مسؤل خسارات حاصله از اعمال خود نخواهد بود مگر در صورت تفریط یاتعدی » چه‌در این‌صورت شریك مأذون‌درحکم امین‌میباشد وبر امین‌هم مسؤلیتی متوجه نمیگردد مگر در صورت تفریط یاتعدی چنانکه ماده ۵۸٤ هم همین نظریه را تایید و بلکه تکرار میکند .

۶۳۸ ـ در موقعیکه اداره کردن اموال مشترك بعهده چند نفر ازشرکاء واگذار میشود ممکن است که مداخله آنها در اموال شرکت بنحو اجتماع مقرر شده باشد و یا مستقلا و بنحو انفراد .

مطابق ماده ۵۷۹ « اگر اداره کردن شرکت بعهده شرکاء متعدد باشد بنحوی که هریك بطور استقلال مأذون در اقدام باشد هریك ازآنها میتواند منفرداً باعمالی که برای اداره کردن لازم است اقدام کند . » وبرعکس اگر بین شرکاء مقرر شده باشد که یکی از مدیران نمیتواند بدون دیگری اقدام کند در اینصورت‌بموجب ماده ۵۸۰ «مدیری که به تنهائی اقدام کرده باشد در صورت عدم امضاء شرکاء دیگر در مقابل شرکاء ضامن خواهد بود اگرچه برای مأذونین دیگر امکان فعلی برای مداخله در اداره کردن موجود نبوده باشد »

۶۳۹ ـ اقدام چنین شریك در خارج از حدود اذن بوده و نه فقط بموجب ماده مزبوره بلکه بموجب ماده ۵۸۲ هم ضامن خواهد بود چه ماده اخیر مقرر میدارد که « شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است »

۶٤۰ ـ ضمان مندرج دردو ماده فوق ضمان مطلق است باین معنی که درصورت عدم امضاء شرکاء دیگر ، شریکی که در خارج از حدود اختیارات خود اقدام کرده باشد ضامن خواهد بود اگرچه ضرر وارد برشرکاء دیگر مستند به تفریط یاتعدی اونباشدمعذلك ماده ۵۸۱ مقرر داشته است که « تصرفات هریك از شرکاء درصورتیکه بدون اذن‌یاخارج از حدود اذن باشد فضولی بوده وتابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود .» ولی‌مقصود

این مادهٔ محدود کردن ضمان شریکی که بدون اجازهٔ یا درخارج از حدود اذن اقدام کرده باشد نبودهٔ بلکه مادهٔ مزبورهٔ ناظر است باعتبار وعدم اعتبار تصرف شریك مزبور وبنابراین قطع نظر از ضمان شریك ، معاملهٔ که بدون اذن یا خارج ازحدود اذن کردهٔ باشد جزو معاملات فضولی محسوب ونافذ نخواهد بود مگر بعد از اجازهٔ سایر شرکاء .

۶۴۱ ــ مسؤلیت شریك غیر مأذون نه فقط در مقابل شرکاء دیگر موجود است بلکه شریك مزبور در مقابل اشخاصی هم‌که باآنها معامله کردهٔ مسئول میباشد وطلب‌کاران حق رجوع باو دارند .

حکم مزبور فوق بموجب مادهٔ ۵۸۵ مقرر است ومقصود از این مادهٔ آنست که اگر اشخاص باشریك غیر مأذون طرف معامله واقع شده باشند ، حق ندارند که بغیر شریك مزبور مراجعه کنند اگر چه معامله برای شرکت شدهٔ باشد ، ولی بدیهی است که اگر سایر شرکاء عمل شریك غیر مأذون را اجازهٔ و امضاء نمودند آنوقت خود مستقیماً آن را قبول و متعامل حق رجوع به آنها راهم خواهد داشت .

۶۴۲ ـ اگر چه هیچیك از شرکاء حق ندارد که بدون اجازهٔ سایرین در مال مشترك تصرف نماید ولی‌هریك ازآنها حق داردکه سهم مشاع خودرا بدیگری منتقل نماید بدون اینکه محتاج باجازهٔ شرکاء دیگر باشد ، چنانکه مادهٔ ۵۸۳ مقرر میداردکه «هر یك از شرکاء میتواند سهم خود را جزءاً یاکلا بشخص ثالثی منتقل کند»

۶۴۳ ــ اذنی که شرکاء بشریك یا شرکاء دیگر ویا بشخص ثالثی برای تصرف در اموال شرکت میدهند قابل رجوع است و شرکاء میتوانند هر وقت بخواهند از اذن خود رجوع کنند مگر اینکه اذن در ضمن عقد لازم دادهٔ شدهٔ باشد که در این صورت مطابق مادهٔ ۵۷۸ « مادام که شرکت باقی است حق رجوع ندارند »

۶۴۴ ـ شرکاء نه فقط میتوانند از اذن در تصرفی که دادهٔ اند رجوع کنندبلکه حق دارند که ازخود شرکت هم رجوع کردهٔ وهروقت بخواهند آنرا بهم بزنند مگر این که در ضمن عقد لازم برای شرکت مدتی معین شدهٔباشد که در این صورت مطابق‌مفهوم مخالف مادهٔ ۵۸۶ مادام‌که مدت منقضی نشدهٔ است حق رجوع ندارند .

۶۴۵ ـ مطابق مادهٔ ۵۸۷ شرکت موجود بین دو یا چند نفر بطریق ذیل‌مرتفع می گردد:

۱ - در صورت تقسیم ۲ - در صورت تلف شدن تمام اموال شرکت . ومطابق ماده ۵۸۸ در موارد ذیل شرکت بحال خود باقی ولی شرکاء درتصرف اموال مشترك مأذون نمی باشند :

۱ - در صورت انقضاء مدت مأذونیت یارجوع از آن در صورت امکان رجوع

۲ - در صورت فوت یا محجور شدن یکی از شرکاء .

مبحث سوم

در تقسیم اموال شرکت

۶۴۶ - هیچکس رانمیتوان مجبور نمود که‌دارائی خود را درحال اشاعه‌نگاهدارد و بنا براین بطوریکه ماده ۵۸۹ نیز مقرر میدارد « هرشریك المال میتواند هر وقت به خواهد تقاضای تقسیم اموال مشترك را بنماید .» این حکم یکی از نتایج طبیعی قاعده تسلط اشخاص براموال خود میباشد ومستثنیاتی دارد که ماده مذکور فوق بطریق ذیل بیان میکند : « مگر درمواردیکه تقسیم بموجب این قانون ممنوع یاشرکاء بوجه ملزمی ملتزم برعدم تقسیم شده باشند .» از عبارت اخیر ماده ۵۸۹ معلوم میشودکه برای آزادی اشخاص در تقسیم اموال مشترك دوقسم استثناء موجود است : یکی اینکه خود شرکاء بنحوملزمی ملتزم بر عدم تقسیم شده باشند - دیگری در موقعیکه تقسیم را خود قانون منع کرده‌باشد.

التزام شرکاء برعدم تقسیم نیز نتیجه طبیعی آزادی معاملات است و اطراف معامله می توانند هر شرط جایزی را که مقتضی بدانند بین خود مقرر و باجرای آن ملتزم کردند ولی ممنوعیت قانونی برای تقسیم ، در بادی امر مخالف با اصل تسلط اشخاص دراموال خود بنظر می آید چه اگر قانون مطابق اصل کلی اشخاص را مسلط براموال خـود قرار می دهد دیگر چگونه ممکن است که بابودن چنین اصل آن ها را از اقدام بتقسیم اموال مشترك خود ممنوع کند .

بطوری که سابقاً در ضمن توضیح ماده ۱۳۲ قانون مدنی مذکور گردید اصل الناس مسلطون علی اموالهم اصل مطلق و نامحدودی نیست بلکه دائره وسعت آن با اصل لاضررو لا ضرار محدود می شود و اگر بمواردی که قانون مدنی تقسیم اموال مشترك را منع نموده است مختصر دقت گردد معلوم میشود که تصمیمات قانون در اثر رعایت اصل لاضرر

بوده است ، مثلا ماده ۵۹۱ مقرر میدارد کـه هر گاه تقسیم مشتمل برضرر باشداجبار شرکاء در تقسیم جایز نیست و تقسیم باید بتراضی باشد . وحتی ماده ۵۹۵ بدائره حاکمیت اصل لاضرر بیش از حد تصور توسعه داده و مقرر میدارد که « هرگاه تقسیم متضمن‌افتادن تمام مال مشترك یا حصه یك یا چند نفر از شرکاء از مالیت باشد تقسیم ممنوع است اگر چه شرکاء تراضی نمایند . » و این‌ماده در مورد بخصوص خود نه فقط اصل‌الناس‌مسلطون علی اموالهم را بکلــی فدای اصل لاضرر نموده ، بلکه شرکاء یا شریکی راکه تقسیم موجب از مالیت افتادن حصه او میباشد ، از اقدام متعمدانه بر ضرر خود هم ممنوع کرده است ، و حال آن که تصور نمیرود که هیچ اصلی از اصول قانــون مدنی رعایت منافع خصوصی‌اشخاص را تا این اندازه تجویز کرده باشد ، وبلکه بر عکس خود علمای حقوق (القی ماله‌فی‌البحر) را مثل‌متداول مواردااقدام بضرر خود قرار داده ، و برای‌جلوگیری یك نفر از ریختن مال‌خود به دریا مجوزی قائل نشده اند ، مگر در صورت ثبوت‌سفه او .

فلسفه و منطقی که برای تصمیم ماده ۵۹۵ ممکن است ذکر شود عبارتست ازاین کـه احکام قانون غالباً برای مقام اثبات است و نه برای مقام ثبوت . بعبارت‌اخری مادام‌که بین شرکاء اختلافی در تقسیم نمیباشد ، وآنها با اینکه حصه تمام یا بعضی از مالیت میافتد ، معذالك در تقسیم تراضی مینمایند ، هیچکس حق‌جلوگیری ندارد ، ولی اگر اختلافی تولید شد ، مثلا اگر با تراضی در اصل تقسیم ، نسبت بتعیین‌حصص اختلافی تولید گردد ، و شرکاء حل قضیه‌را بحاکم رجوع نمودند ، حاکم نمیتواند نسبت باصل تقسیم هم حکم دهد تا چه رسد باینکه در موضوع حصص حل اختلاف نماید . چه‌در این مورد بخصوص اقدام‌بتقسیم که بالنتیجه مستلزم از مالیت افتادن تمام مال مشترك یا حصه بعضی از شرکاء می بـاشد اقدام سفهی می باشد و حاکم نباید چنین اقدامی را تجویز کند تا چه رسد بـه اینکه آنرا تنفیذ هم نماید .

۶۴۷ - در هر صورت ضرراز جمله موانع تقسیم است . ولی بدیهی‌است که‌ضرر وقتی مانع تقسیم میشود که متضرر راضی بتقسیم نباشد ، واگر برعکس شریك یاشرکائی که ضرر متوجه‌آنها میشود خود مقدم بتقسیم باشند دیگر ضرر مانع از تقسیم نخواهدبود ، چنانکه ماده ۵۹۲ مقرر میدارد « هر گاه تقسیم برای بعضی از شرکاء مضر وبرای‌بعض دیگر بی‌ضرر باشد درصورتیکه تقاضا ازطرف متضرر باشدطرف دیگر اجبار میشود واگر

برعکس تقاضا ازطرف غیر متضرر بشود شریك متضرر اجبار بتقسیم نمیشود.»

٦٤٨ – برای تشخیص اینکه تاچه اندازهٔ ضرر مانع از تقسیم میگردد،مادهٔ۵۹۳مقرر داشته است « ضرریکه مانع از تقسیم میشود عبارتست از نقصان فاحش قیمت بمقداریکهعادتاً قابل تسامح نباشد.» پس مطابق این مادهٔ هر ضرری مانع تقسیم نخواهد بود، بلکهبرای اینکه ضرر بتواند از تقسیم جلوگیری نماید باید موجب نقصان فاحش قیمت باشد بمقداریکه عادتاً قابل تسامح نیست. بنابر این تشخیص موضوع در هر مورد خاصی بعهدهٔ حاکمقضیه خواهد بود.

٦٤٩ – تقسیم اموال مشترك ممکن است نسبت بسهم تمام شرکاء یا فقط نسبت به سهم بعضی ازآنها بعمل آید. در صورت اخیر سهم سایر شرکاء بحال اشاعهباقی میماندچنانکه در این موضوع مادهٔ ۵۹۰ میگوید « در صورتیکه شرکاء بیش از دو نفر باشند ممکن است تقسیم فقط بنسبت سهم یك یاچندنفر ازآن ها بعمل آید و سهام دیگرآن باشاعهباقی بماند.»

٦٥۰ – ترتیب مزبور در صورت تعدد اموال مشترك نیز ممکن است پیش آید، به این معنی که اگر اموال مشترك متعدد باشد، ممکن استکه تقسیم فقط نسبت بیکی ازآنها بعمل آید و نه نسبت بتمام اموال. اگر چه نسبتباین موضوع در قانون مدنی نصصریح موجود نیست لیکن از مفهوم مادهٔ ۵۹٦ امکان آن کاملا استنباط میشود چه مادهٔ مزبوره در مورد تقسیم اجباری مقرر داشته است که « هر گاهٔ اموال مشترك متعدد باشد قسمت اجباری در بعضی از آنها ملازم باتقسیم باقی اموال نیست.» و اگر این ترتیب در تقسیم اجباری ملحوظ شدهٔ باشد در تقسیم بتراضی باید به طریق اولی ملحوظ گشته و مطابق آزادی که شرکاء در تراضی دارندآن ها میتوانند تقسیم را فقطمتوجه بعضی از اموال مشترك دون بعض بنمایند.

٦٥١ – اشکال مهمی کهممکن است درمورد اموال مشترك پیش آید در موقعی است که مال مشترك غیر قابل تقسیم بودهٔ و بعضی از شرکاء از تحمل مخارج لازمه آن که اگر بعمل نیاید موجب خسارت دیگران خواهد بودامتناع نمایند، و این ترتیبخصوصاً در ایران نسبت بقنوات مشترك محل ابتلاء میباشد و برای حل همین اشکال است که مادهٔ ۵۹٤ مورد ابتلاء را پیشبینی کردهٔ و مقرر داشته است که « هر گاهٔ قنات مشترك یا امثال

آن خرابی پیدا کرده و محتاج به تنقیه یاتعمیر شود و یك یا چند نفر از شرکاء بر ضرر شریك یاشرکاء دیگر از شرکت در تنقیه یاتعمیر امتناع نمایند شریك یا شرکاء متضرر می توانند بحاکم رجوع نمایند . در اینصورت اگر ملك قابل تقسیم نباشد حاکم میتواند برای قلع مادهٔ نزاع و دفع ضرر شریك ممتنع را باقتضای موقع بشرکت در تنقیه یاتعمیر یااجاره یا بیع سهم خود اجبار کند . »

موردی که بموجب مادهٔ مذکور فوق پیش بینی شده‌است از جمله موارد اصطکاك بین قاعدهٔ الناس و قاعدهٔ لاضرر میباشد و در این جا هم ملاحظه میشود که با اخذ احتیاطات لازمه قاعدهٔ لاضرر تحکیم شده است . احتیاطات مزبوره از قرار ذیل است :

اولا — امتناع یك یاچند نفر از شرکاء برضرر شریك یاشرکاء دیگر باشد ـ پس اگر امتناع برضرر آن ها نباشد شریك یاشرکاء دیگر نمی توانند از حاکم تقاضای اجبارشریك ممتنع رابه شرکت در مخارج و غیرهٔ نمایند .

ثانیاً — حاکم باید اقتضای موقع را در نظر گرفته و حکم خودرا منطبق باآن‌نماید، بنابر این تشخیص اینکه آیا شریك ممتنع را باید بشرکت در مخارج مجبور نمود یابه بیع یا اجارهٔ سهم خود، باحاکم قضیه خواهد بود .

۶۵۲ - بالاخرهٔ چون تقسیم تقریباً نسبت بتمام اموال جائز است و بنابر این‌ممکن بود امکان تقسیم مال موقوفه بین موقوف علیهم نیز فرض شود ، و حال آن که‌تقسیم مال موقوفه تا اندازهٔ ، مخالف باطبیعت وقف می باشد ، لـذا ماده ۵۹۷ تو هم را رفع و مقرر می دارد که « تقسیم ملك از وقف جائز است ولی تقسیم مال موقوفه بین‌موقوف علیهم جایز نیست »

۶۵۳ — تقسیم، اعم از اینکه اجباری باشد یابتراضی، نسبت بهر قسم از اموال به طریق خاصی بعمل‌می آید، وترتیب آن بموجب مادهٔ ۵۹۸ پیش بینی شده‌است‌ومطابق‌این‌مادهٔ «ترتیب‌تقسیم آنست که اگر مال مشترك مثلی باشد به نسبت سهام شرکاء افراز میشود و اگر قیمی باشد بر حسب قیمت تعدیل میشود و بعد از افراز یاتعدیل در صورت عدم تراضی بین‌شرکاء حصص آنها بقرعه معین میگردد »

پس بموجب این مادهٔ دو قسم تقسیم موجود است : تقسیم بطریق افراز که مخصوص اموال مثلی است و تقسیم بطریق تعدیل که مخصوص اموال قیمی است .

در تقسیم بطریق افراز،مال مشترك به نسبت حصه شرکاء مفروز میشود. مثلا اگر یك خروار گندم به نسبت دوعشر وسه عشر و نصف بین سه نفر مشترك باشد ،یك‌حصه بیست‌منی برای شریکی که حصه‌او دوعشر است،ویك‌حصه سی منی برای شریکی که حصه‌اوسه‌عشر است، پنجاه من هم برای شریکی که حصه اش نصف است افراز مگردد. و اینکه‌مادهٔ ۵۹۸ مقرر میدارد که « بعد از افراز ... ، در صورت عدم تراضی بین شرکاء حصص آنها بقید قرعه معین میگردد .» این حکم فقط در موردی ممکن است اجراشود که‌تمام شرکاء بیك‌نسبت شریك باشند. مثلا اگر پنج نفر بنسبت یك خمس در یکخروار گندم شریك باشند، ممکن است که در صورت عدم تراضی، حصه هریك پس‌از افراز بوسیله قرعه معین گردد. ولی بدیهی است که در صورت اختلاف حصص تعیین آنها بوسیله قرعه معقول نخواهدبود .

در تقسیم بوسیله تعدیل، مال مشترك باید حتماً تقویم گشته وسپس حصهٔ هر یك از شرکاء با در نظر گرفتن قیمت معین شود . مثلا اگر دو نفر بالمناصفه و بنحو اشاعـه مالك یکقطعه زمین هزار ذرعی باشند و بخواهند آنرابین خود تقسیم کنند ، چون ممکن است که‌قسمتهای مختلفه زمین از حیث قیمت متفاوت باشد، لذاباید تقسیم بنسبت قیمت بعمل‌آید و نه بنسبت ذرع. و همچنین اگر سه اسب مختلف بین‌دو نفربالمناصفه مشترك باشد و قیمت دو رأس از آنها مساوی با قیمت یك رأس باشد، البته‌در موقع تقسیم یك حصه منحصر بیك اسب و حصه دیگر مشتمل بر دو اسب خواهد بود ، و در صورت عدم تراضی شرکاء در تخصیص هر حصه بیکی از آنها ، حصه هریك بقرعه معین میگردد .

۶۵۴ ــ همینکه تقسیم صحیحاً واقع شد لازم وغیر قابل رجوع است. چنانکه مادهٔ ۵۹۹ در این موضوع مقرر داشته است که « تقسیم بعد از اینکه صحیحاً واقع شد لازم و هیچیك ازشرکاء نمیتواند بدون رضای‌دیگران از آن‌رجوع کند. »

۶۵۵ ــ ممکن است بعد از تقسیم مشکلاتی تولیدشود که بین شرکاء سابق ایجاد اختلاف نماید. مثلا درحصه یکی از شرکاء عیبی کشف‌شود و یا بعد از تقسیم معلوم شود که قسمت بغلط واقع شده است .

در صورتیکه بعد از تقسیم معلوم شود که حصه یك یا چند نفر از شرکاء معیوب بوده‌است ، مادهٔ ۶۰۰ مقرر میدارد که « هرگاه در حصه یك یا چند نفر از شرکاء عیبی

ظاهر شود که در حین تقسیم عالم بان نبوده شریك یاشرکاء مزبور حق دارند تقسیمرا بهم زنند . »

پس بموجب این مادهٔ باید بین شریکیکه‌در حین‌تقسیم عالم بوجودعیب‌بوده وشریك‌جاهل‌فرق گذاشته‌شود . ولی درهرحال عیب بایدعیب سابق‌بوده یعنی موجود درحین‌تقسیم‌باشد . نسبت به شریك جاهل مادهٔ مزبوره حق میدهد که تقسیم را بهم بزنند و از مفهوم مخالف مـادهٔ معلوم میشود که شریك عالم بوجود عیب این حق را ندارد و این مطابق با اصول کلی است که راجع بخیار عیب مذکور گردیده .

۶۵۶ - در مورد وقوع تقسیم بغلط مادهٔ ۶۰۱ حکم بطلان تقسیم را مقررداشته است . چه مادهٔ مزبوره صراحتاً میگوید « هر گاه بعد از تقسیم معلوم شود که قسمت‌بغلط واقع شده است تقسیم باطل میشود . »

۶۵۷ - ممکن است در میان اموال مشترك که بین شرکاء تقسیم میگردد مال‌متعلق بغیر باشد بدون اینکه شرکاء از تعلق آن بغیر مستحضر باشند . در این صورت مادهٔ ۶۰۲ مقرر میدارد که « هر گاه بعد از تقسیم معلوم شود که مقدار معین از اموال تقسیم شده مال غیر بوده است در صورتیکه مال غیر در تمام حصص مفروزاً متساوی باشد تقسیم صحیح والا باطل است . » برای توضیح مادهٔ مقتضی است مثلی‌ذکر شود . فرض میکنیم که در میان اموال مشترك پنج خروار گندم متعلق بغیر بوده . هر گاه شرکاء بطور تساوی شریك بوده باشند وگندم مزبور هم بین آنها بطریق افراز بطور تساوی‌تقسیم شده باشد ، در این صورت وقتی که مستحق للغیر بودن گندم معلوم‌شد ، هریك از شرکاء گندمی را که در جزوحصه خود دارد ، بمالك گندم مستردمیدارد . وچون این استرداد بهیچوجه حصص شرکاء را بهم نمیزندلذا تقسیم هم بحال صحت باقی خواهد بود . ولی اگر شرکاء بنحو تساوی شریك نبوده ویادرصورت شرکت بنحو تساوی مقدار گندمی که در حصه هریك از آنهاموجود است مساوی نباشد ، استرداد گندم‌نسبتی راکه بایستی بین حصص شرکاء محفوظ بماند بهم خواهد زد و بنابراین تقسیم‌بغلط واقع گشته و باطل محسوب‌است .

۶۵۸ - در تقسیم اموال مشترك اجزاء و توابع هر مال بعد از قسمت هم متعلق به آن مال بوده و بالنتیجه مخصوص به کسی خواهد بود که مال مزبور در حصه اوواقع شده است ، چنانکه همین نکته‌را مادهٔ ۶۰۳ مقرر وبطریق ذیل بیان نموده است : «ممر

و مجرای هرقسمتی که از متعلقات آنست بعداز تقسیم مخصوص همان‌قسمت میشود . »

۶۵۹ ـ ممکن است در ملك مشاعی که بین شرکاء تقسیم میشود نسبت به‌شخص دیگری حق ارتفاق موجود باشد ،در این صورت مادهٔ ۶۰۴ مقرر میدارد که « کسی‌که درملك دیگری حق ارتفاق دارد نمی تواند مانع از تقسیم آن ملك بشود ولی بعد از تقسیم حق مزبور بحال خود باقی میماند » چه از یك طرف شرکاء را نمی توان از حق‌تسلطی که بر مال خود دارند محروم و آنها را مجبور به بقاء در شرکت‌نمود . و از طرف‌دیگر مالك ملکی را که منتفع از حق ارتفاق است نباید از حق خود محروم ساخت ؛ بنابر این شرکاء میتوانند به تقسیم مال مشترك اقدام نمایند ولی این‌اقدام بهیچوجه نمیتواند بحق صاحب ارتفاق خللی وارد آورد .

۶۶۰ ـدرتعقیب حکم مذکور فوق که راجع است به روابط شرکاء با شخص اجنبی ،مادهٔ ۶۰۵ مفاد آن را در روابط خود شرکاء نیز منظور کرده و مقرر میدارد که « هر گاه حصه بعضی از شرکاء مجرای آب یامحل عبور شریك دیگر باشد بعد ازتقسیم حق مجری یاعبور ساقط نمی شود مگر اینکه سقوط آن شرط شده باشد و همچنین‌است سایر حقوق ارتفاقی . »

۶۶۱ ـ اموال‌مشترکی‌که بین شرکاء تقسیم میشود ممکن است عبارت از ترکه میت باشد که ما بین وراث تقسیم می گردد ،ودر این صورت ممکن است که برمیت قروضی بوده‌که هنوز تأدیه نشده و یابعد از تقسیم ترکه معلوم گردد که‌قروضی برمیت وجود داشته است و،باید معین نمود که در چنین موقع تکلیف دیان چه خواهد بود .

مادهٔ ۶۰۶ در این مورد مقرر میدارد که « هر گاه ترکه میت قبل از اداء دیون او تقسیم شود یابعد ازتقسیم معلوم شودکه برمیت دینی بوده است‌طلبکار باید بهریك از وراث به نسبت سهم اورجوع کند واگر یك یاچند نفر ازوراث معسر شده باشد طلبکار میتواند برای سهم معسر یامعسرین نیز بوراث دیگر رجوع نماید . »

مادهٔ مزبوره جهد کرده است که بین دو وضعیت متناقض التیام دهد، چه از یك طرف مطابق‌مادهٔ ۸۶۸ «مالکیت ورثه نسبت به‌ترکه متوفی مستقر نمی‌شود مگر پس ازاداء حقوق ودیونی که به‌ترکه میت تعلق گرفته .» پس باتقسیم قبل ازاداء دیون میت، وراث او به تقسیم اموالی اقدام نموده اندکه مالکیت آنها نسبت به اموال مزبور مستقر نبوده است ،و

ازطرف دیگر، چون درتقسیم قبل‌از اداء دیون میت، سهم هریك ازوراث به‌نسبت سهمی که از دین مزبور به آن سهم تعلق میگیرد زیاد شده است لذا برای اینکه تقسیم واقع بین وراث بهم نخورد وهریك ازآنها نیز به‌نسبت سهمی که برده است شرکت در تأدیه دین‌بنماید، مادهٔ ۶۰۶ به دیان میت اجازه میدهدکه بهر یك ازورثه به نسبت سهم او رجوع کنند، ولی چون درصورتیکه یك یاچندنفر ازوراث معسر شده باشند حق طلبکار که مربوط به‌عین‌ترکه بوده ازبین نمیرود،لذا مادهٔ مزبوره به طلبکار حق داده است که‌درصورت مفروض برای‌سهم معسر یامعسرین هم‌به سایروراث رجوع کند، منتهای مراتب‌وراث مزبور حق خواهند داشت که برای سهم معسرین که آنهاپرداخته اند در صورت تمکن معسرین بخودآنها رجوع کنند.

فصل نهم

در ودیعه

مبحث اول

درکلیات

۶۶۲ ـ مادهٔ ۶۰۷ ودیعه را بطریق ذیل تعریف مینماید:

« ودیعه عقدی است که بموجب آن یکنفر مال خود را بدیگری میسپارد برای آنکه آنرا مجاناً نگاهدارد» بعد از تعریف ودیعه مادهٔ مزبور اضافه مینماید که « ودیعه گذار مودع و ودیعه گیر را مستودع یا امین میگویند.» از تعریف مذکور فوق چنین استنباط میشود که هر گاه امین برای حفاظت ودیعه مطالبه عوض نماید عقد عقد ودیعه نخواهد بود. چه تعریف‌مزبورمجانی‌بودن‌حفاظت را رکن قرار داده است و حال آنکه‌عرف و عادت غالباً بر غیر این ترتیب جاری است. چنانکه اغلب از بانکها و بعضی ازموسسه‌ها مثل ادارهٔ ثبت اسناد قبول ودیعه مینمایند و در مقابل حق‌الحفاظه هم میگیرند.

برای توجیه امر ناچار باید گفته شود که این قبیل معاملات بغلط مشهور بودیعه شده است بلکه اساساً عقد اجاره است. چه کسیرا که برای حفاظت مال غیر اخذ عوض مینماید نمیتوان امانت دار نامید بلکه چنین شخص خود را برای حفاظت مال‌غیراجیرمیدهد توجیه مزبور را قید مجانی بودن حفاظت ایجاب مینماید ولی این توجیه وقتی قابل

قبول است که برای ودیعه مدتی معین شده باشد زیرا که عقد اجاره بدون تعیین مدت باطل است و اگر مدت معین نشده باشد ناچاراً باید گفته شود که بین مودع و مستودع عقد جعاله واقع شده است. و اگر بر عکس مجانی بودن حفاظت قید نشده بود هیچ اشکالی نداشت که چنین معاملات ودیعه نامیده شود چنانکه عرف و عادت آنرابا این اسم موسوم کرده است. و اگر واقعاً درست دقت شود معلوم میگردد که مجانی بودن ودیعه نباید از ارکان این عقد محسوب گردد بنحویکه اگر حفاظت در مقابل عوض باشد عقد را نتوان عقد ودیعه نامید ، بلکه باید گفته شود که عقد ودیعه اساساً مجانی است ولی مستودع هم میتواند برای حفاظت امانت مطالبه عوض نماید .

٦٦۳ - در هر حال عقد ودیعه مثل سایر عقود بایجاب و قبول طرفین واقع می شود و ماده ٦۰۸ اشاره بهمین موضوع نموده مقرر میدارد که « در ودیعه قبول امین لازم است اگرچه بفعل باشد .»

راست است که در این ماده صحبتی از ایجاب نشده است لیکن بدیهی است که لازمه قبول امین ایجاب مودع است و مادام که مودع بمستودع تکلیف حفظ مالی را ننماید نمیتوان از قبول مستودع صحبت نمود و این ایجاب و قبول بهر لفظ یا فعلی که دلالت بر قصد طرفین نماید حاصل میشود مثل این که کسی بدیگری بگوید مالی را بطور امانت نگاهدارد و طرف هم آنرا بردارد .

٦٦٤ - برای اینکه یکنفر بتواند مالی را بودیعه گذارد باید مطابق ماده ٦۰۹ مالك آن مال و یا قائم مقام مالك آن باشد و یا از طرف مالك صراحتاً یا ضمناً مجاز باشد و در غیر این صورت اقدام ودیعه گذار امر فضولی خواهد بود ، و بعلاوه ماده ٦۱۰ مقرر میدارد که « در ودیعه طرفین باید اهلیت برای معامله داشته باشند و اگر کسی مالی را از کس دیگر که برای معامله اهلیت ندارد بعنوان ودیعه قبول کند باید آنرا بولی او رد کند و اگر در ید او ناقص یا تلف شود ضامن است .»

٦٦٥ - ودیعه عقدی است جایز (ماده ٦۱۱) وبنا بر این نه فقط هر وقت احد طرفین بخواهد میتواند آنرا فسخ نماید بلکه بفوت یا جنون احد طرفین نیز منفسخ میگردد .

٦٦٦ - عقد ودیعه هم برای امین و هم برای امانت گذار تولید تعهد مینماید

ولی تعهدات امین بمراتب سنگین تر از تعهدات امانت گذار میباشد و اینک تعهدات هر یک در مبحث علیحده ذکر میشود.

مبحث دوم

در تعهدات امین

٦٦۷ - مهمترین تعهدی که در اثر عقد ودیعه امین بعهده میگیرد حفاظت مال ودیعه است .معذالك امین در طرز حفاظت آن اختیار کامل ندارد بلکه مطابق مادهٔ ٦۱۲ امین باید مال ودیعه را بنحویکه امانتگذار مقرر نموده است حفظ، کند واین درصورتی است که مودع ترتیبی برای حفاظت مقرر نموده باشد ، و در غیر این صورت امین باید مال ودیعه را بطوریکه نسبت به آنمال متعارف است حفظ کند مثلا، حیوانی راکه ممکن است فرار نماید نباید درجای غیر محصور نگاهدارد و اگر امین در حفاظت مال ودیعه مطابق دستور امانت گذار رفتار ننماید و در صورت نبودن دستور از طرف او، آنرا بطوری که نسبت بان مال متعارف است حفظ نکند ،ضامن خواهد بود چه این قبیل اقدامات او ممکن است تفریط یاتعدی محسوب گردد .

٦٦۸ - اگر چه امین در طرز حفاظت ودیعه ملزم برعایت دستور امانت گذار میباشد ، ولی این الزام او نامحدود نیست ، چه ممکن است حفاظت مال ودیعه مستلزم آن باشد که در ترتیب مقرر ازطرف امانت گذار تغییری داده شود، در این صورت امین می تواند ترتیب مزبور را تغییر دهد مگر اینکه امانت گذار صریحاً نهی کرده باشد .همین موضوع را ماده ٦۱۳ بطریق ذیل بیان مینماید :« هر گاه مالك برای حفاظت مال ودیعه ترتیبی مقرر نموده باشد و امین ازبرای حفظ مال تغیر آن ترتیب رالازم بداندمیتواندتغییر دهد مگر اینکه مالك صریحاً نهی از تغیر کرده باشد ، که در این صورت ضامن است»

٦٦۹ - چنانکه تابحال چندین دفعه اشاره شده است مسؤلیت امین در مقابل امانت گذار مسؤلیت محدود است ،یعنی امین ضامن مال ودیعه نمی باشد مگر در صورت تفریط یاتعدی .و چون عدم مسؤلیت امین اصل و مسؤلیت او استثنائی است لذا، در صورت بروز اختلاف بین امین و امانت گذار اثبات تعدی یاتفریط بر عهدهٔ امانت گذارخواهدبودوهمین ترتیب را که متقدمین به عبارت (ماللامین الاالیمین) بیان کرده اند مادهٔ ٦۱٤ بطریق ذیل بیان مینماید « امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی باشد مگر

در صورت تعدی یا تفریط .» ولی ممکن است در عمل اشخاصی که متصف به صفت امانت نباشند از این حکم سوء استفاده کنند، چه با بودن زحمت اثبات به عهده امانت گذار، ممکن است آنها حقیقتاً نسبت به مال ودیعه مرتکب تفریط یا تعدی شده و بلکه خیانت در امانت نمایند و امانت گذار هم که شاهد حال نبوده است نتواند عملیات متعدیانه و یا خائنانه امین را ثابت کند.

نظر بمراتب فوق برعهده قاضی است که در تشخیص تفریط یا تعدی نسبت به امین قائل به ارفاق نشود.

۶۷۰ - در تعقیب نظریات فوق ماده ۶۱۵ مقرر میدارد که « امین در مقام حفظ مسؤل وقایعی نمی باشد که دفع آن ازحیطه اقتدار او خارج است .» پس اگر واقعهٔ که موجب نقص یا تلف مال ودیعه شده است واقعهٔ باشد که دفع آن از حیطه اقتدار امین خارج نبوده است و امین در جلوگیری از آن واقعه اقدامی نکرده باشد، ضامن ومسؤل خواهد بود. بعبارهٔ اخری دراین صورت امین مرتکب تفریط شده وباید از عهده خسارات وارده بر امانت گذار برآید.

۶۷۱ - قانون مدنی درعین حالیکه مسؤلیت امین را مسؤلیت محدود نموده است معذلك از ابراز سنگینی همین مسؤلیت محدود امین خودداری نکرده، وبعضی از موارد تفریط یا تعدی را صراحتاً ذکر نموده است، مثلا بموجب ماده ۶۱۷ « امین نمی تواند غیر از جهت حفاظت تصرفی درمال ودیعه کند یا بنحوی از انحاء از آن منتفع گردد مگر با اجازه صریح یا ضمنی امانت گذار والا ضامن است .» و بدیهی است که تصرف در مال ودیعه و یا انتفاع از آن بهر نحوی که باشد درصورتی که تصرف یا انتفاع با اجازه صریح یا ضمنی امانت گذار نباشد، تعدی محسوب است واگر باوجود مسلمیت این امر قانون آنرا صراحتاً قید نموده است فقط از نقطه نظر متذکر نمودن امین بسنگینی مسؤلیت خود میباشد.

۶۷۲ - ونیز در تعقیب نظریات فوق ماده ۶۱۸ بطور غیر مستقیم امین راملزم می کند به اینکه بمقام استطلاع از مال ودیعه بر نیاید و هرگاه امانت گذار آنرا در جعبه سربسته یا پاکت مختوم گذارده باشد و به این وسیله عدم تمایل خود را نسبت به مطلع شدن امین از مالی که مورد ودیعه است ابراز کرده باشد، امین حق ندارد که جعبه یا

یا کت را باز کند ، و الا این اقدام او تعبیر به تعدی شده و موجب مسؤلیت او خواهد بود .

۶۷۳ ـ در هرحال و بطوری که قبلا گفته شد مسؤلیت امین نسبت به حفظودیعه مسؤلیت محدود بوده و امین ضامن نخواهد بود مگر در صورت تفریط یا تعدی ،لیکن با محض اینکه امین مرتکب تفریط یا تعدی شد ضمان او ضمان مطلق و نامحدودی می گردد و بنا براین مسؤل هر نقص و عیبی خواهد بود که در مال ودیعهحادث شده باشد اگر چه مستند به فعل او نباشد . حکم مزبور نه فقط از اطلاق عبارات مادهٔ ٦١٤ کهبطور کلی امین را در صورت تفریط یا تعدی مسؤل تلف یا نقصان مالی قرار میدهد که باوسپرده شده استمعلوممیگردد بلکهازمجموعمواد۴۹۳ و۶۳۱ نیز اینحکم استنباطمی شود.چهمطابق مادهٔ ۴۹۳ اگر مستأجر نسبت بهعین مستأجره تفریط یا تعدی نماید مسؤل و ضامن است اگرچه نقص درنتیجه تفریط یاتعدی حاصل نشده باشد . ومطابق مادهٔ ۶۳۱ « هر گاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات قانون مدنی اورا نسبت به آن مال امین قرار داده باشد مثل مستودع است .»بنابر این و بطوریکه در خود مادهٔ مزبورهٔ مصرح است « مستأجر نسبت بعین مستأجره و قیم یاولی نسبت به مال صغیریامولی علیه و امثال آنها ضامن نمی باشند مگر در صورت تفریط یا تعدی . » پس از مجموع دومادهٔ مذکور فوق معلوم می شود که مسؤلیت امین هم مثل مسؤلیت مستأجر محدود بوده ولی بهمحض ارتکاب تفریط یاتعدی اینمسؤلیت محدود بهمسؤلیت نامحدودمبدل میشودوالا اگر غیر این می بود نتیجه عجیبی حاصل میشد و آن این است که رفتار و معامله قانون بامستاجر یعنی باکسیکه برحسب طبیعت عقد ملزم به حفظ مال غیر نیست و فقط در حکم امین محسوب است سخت تر از معاملهٔ میشد که با امین مینماید یعنی با کسی که بر حسب طبیعت عقد ملزم به حفظ مال غیر است .

۶۷۴ ـ تعهد مهم دیگر امین عبارتست از رد مال ودیعه .

در مورد رد ودیعه مادهٔ ٦١٩ اصلی برقرار نموده و عبارت است از اینکه « امین باید عین مالی را که دریافت کرده است رد نماید » و بنا بر این هر گاه مال ودیعه عبارت باشد از یك کیسه پول امین باید همان کیسه و همان پولی را که دریافت کرده است عیناً رد نماید ، و بهیچوجه نمیتواند سکه های پول را حتی باسکه های دیگر از آن

قبیل ، مثلا یك عدد دو هزار دیناری سکه پهلوی را بایك عدد دوهزاردیناری دیگر از همان سکه عوض نماید والا متعدی و ضامن خواهد بود .

نسبت بموضوع فوق ممکن است که در بعضی‌از موارد تولید اشکال شود و آن عبارت است از مواردیکه وجه نقدی در بانك ها به امانت گذارده می شود . غالباً در این قبیل موارد اگر میل امانت گذار آن باشد که در موقع استرداد عین پول خود را مسترد نماید همین نکته را در ضمن قرار داد شرط میکند و علی العموم عرف و عادت عدم ذکر چنین شرط را تعبیر به اجازهٔ ضمنی میکند که بموجب‌آن امین مجاز در تصرف بوده‌ودر حین استرداد ملزم به رد عین مال ودیعه نمی باشد ولی اگر در این قبیل معاملات دقت شود ملاحظه خواهد شد که اسم ودیعه به غلط روی آن گذاشته شده است بلکه در بعضی مواقع معاملات مزبورهٔ عبارت از قرض ودر بعضی دیگر عبارت از عقد مضاربه است وچون در هیچیك از این دو عقد طرف معامله مجبور به رد عین مال نمیباشد لذا اشکال مزبور صوری و بسهولت قابل رفع خواهد بود . اهمیت فوق العادهٔ که تشخیص موضوع فوق دارد این است که اگر عقد واقع بین بانك و طرف او عقد ودیعه باشد مال ودیعه به ملکیت امانت گذار باقی و در صورت ورشکست شدن بانك باید عیناً به او رد شود و اگر عقد مزبور قرض و یا مضاربه باشد این ترتیب معمول نبوده و صاحب پول باید داخل در غرما گردد .

٦٧٥ ـ در هر حال امین باید عین مال ودیعه را بامانت گذار رد نماید.پس باید دید که مال مزبور در چه حالتی باید رد شود یعنی در حالیکه در موقع انعقاد عقد داشته و یا در حالی که در موقع پس دادن دارد. در این موضوع‌مادهٔ ٦٢٠ مقررمیدارد که « امین‌بایدمال‌ودیعه‌را بهمان‌حالی که درموقع پس دادن موجوداست مستردداردو نسبت بنواقصی که در آن حاصل شده ومربوط‌بعمل امین‌نباشد ضامن‌نیست.» و این حکم نتیجه محدود بودن مسؤلیت امین است‌منتهای مراتب اگر نقص یا عیب در اثر اموری‌واقع شده باشد که برای امین جلوگیری از آن ممکن بوده‌و معذالك‌جلوگیری نکرده است امین مسول خواهدبود.

٦٧٦ ـ در تعقیب نظریات مزبورهٔ مادهٔ ٦٢١ موردی راپیش بینی میکند که مال ودیعه قهراً از امین گرفته شود در این صورت مطابق مادهٔ مزبورهٔ اگر امین قیمت ویا چیز دیگری بجای مال ودیعه گرفته باشد « بایدآنچه را که درعوض گرفته‌است‌بامانت‌گذار

بدهد.» ولی چون امانت گذار مستحق مال ودیعه میباشد، بنابراین مشارالیه مجبور بقبول عوضی که امین گرفته است نخواهد بود، و قسمت اخیر مادهٔ مزبوره به او حق میدهد که در این صورت مستقیماً به قاهر یعنی به کسی که مال ودیعه را قهراً از امین گرفته است رجوع نماید.

پس اگر کسی یك مقدار گندم نزد دیگری امانت گذاشته باشد، و در موقع جنك یا قحطی، دولت آن گندم‌ را قهراً از امین بگیرد و قیمت عادله بدهد، امین بایدقیمت مأخوذ را به صاحب گندم رد کند، ولی صاحب گندم مجبور به قبول آن نبوده و می تواند مستقیماً بخود دولت مراجعه کند.

٦٧٧ - ممکن است قبل از اینکه مال ودیعه به امانت گذار مسترد شود امین فوت کند، دراین‌صورت التزام امین نسبت به ردمال‌ودیعه‌برعهدهٔ‌ورات اوخواهدبودوورات اونه‌فقط‌در صورتی مسئول مال ودیعه خواهند بود که به امانت بودن آن عالم باشند بلکه در صورت جهل نیز این مسؤلیت بعهدهٔ آنها میباشد. چنانکه در تعقیب همین نظریه مادهٔ ٦٢٢ مقرر میدارد که «اگر وارث امین مال ودیعه را تلف کند، باید از عهدهٔ مثل یا قیمت آن برآید اگر چه عالم بودیعه بودن‌مال نبوده باشد.» پس وارث باید درصورت‌تلف‌شدن،مثل ودیعه را اگرمثلی باشد، وياقيمت‌آنرا درصورت قیمی بودن به امانت‌گذار بدهد.

٦٧٨ - مادهٔ٦٢٣ که بموجب آن «منافع حاصله ازودیعه مال مالك‌است.» تقریباً‌توضیح واضح است. چه مطابق اصل کلی تمام ثمرات و منافع يك مال متعلق به مالك آن مال است‌وچون این اصل در چندین مورد و مخصوصاً بموجب مادهٔ ۳۲ تصریح شده است لذا محتاج بذکر جدید نبود و اگر قانون مدنی ذکر آنرا در ذیل مواد راجعه به ردمال ودیعه لازم دیده است فقط از این‌نقطه نظر است که وظایف امین را حتی‌المقدور برجسته‌تر کرده و اورا وادار نماید که نه فقط عین ودیعه را مسترد سازد بلکه در منافع حاصله‌از آن هم بهیچوجه تصرفی نکند.

٦٧٩ - اهتمام قانون مدنی راجع به رد مال ودیعه به حد اعلی رسیده و نسبت به امینی که در حین مطالبه مال ودیعه از رد آن امتناع کند حکم سختی اتخاذ نموده است، چه مطابق مادهٔ ٦١٦ «هرگاه ردمال ودیعه مطالبه شود و امین از رد آن امتناع کند از تاریخ امتناع احکام امین به او مترتب نشده وضامن تلف و هرنقص یا عیبی‌است

که در مال ودیعه حادث شود اگرچه آن عیب یا نقص مستند بفعل او نباشد .» یعنی در این صورت با امین همان معامله بعمل می آید که با غاصب می شود .

حکم مزبور در حقیقت تکرار همان حکمی است که بموجب مادهٔ ۳۱۰ مقرر شده است با این تفاوت که مادهٔ ٦۱٦ آنرا به نحو سخت تری بیان می کند چه بموجب مادهٔ ۳۱۰ « اگر کسی که مالی بعاریه یا بودیعه و امثال آنها در دست اواست منکر گردد از تاریخ انکار در حکم غاصب است .» پس با ملاحظه این دو مادهٔ معلوم می شود که مادهٔ ۳۱۰ اجراء حکم غاصب را به امین متوقف به انکار مال ودیعه مینماید وحال آنکه مادهٔ ٦۱٦ همین معامله را با امینی می کند که درصورت مطالبه امانت گذار ازردمال ودیعه امتناع نماید ، وچون انکار عبارت است از نفی وجود مال درنزد امین ، وامتناع عبارت است از خودداری در تسلیم آن ، لذا ممکن است ظاهراً بین دو مادهٔ مزبوره تناقض یا لا اقل تهافتی مشهود شود . تهافت مزبور فقط صوری است چه مادهٔ ۳۱۰ حکم امینی را بیان میکند که مال ودیعه را انکار نماید و مادهٔ ٦۱٦ حکم امینی را که از ردمال ودیعهٔ امتناع کند ، و چون بطوریکه مذکور شد بین انکار و امتناع فرق مهمی موجود است ، لذا بین دو حکم تهافتی موجود نخواهد بود منتهای مراتب حکم قانون برای هر دو مورد متحد است و چون مطابق مادهٔ ٦۳۱ اشخاصی که مال غیر را بعنوانی غیر از مستودع متصرف باشند و مقررات قانون مدنی آنهارا نسبت به آن مال امین قرار داده . در حکم مستودع خواهند بود لذا اگر اشخاص مزبور نیز در صورت استحقاق مالك به استرداد آن از ردمال امتناع کنند در حکم غاصب خواهند بود .

٦۸۰ - حال باید دید که مال ودیعه به چه شخصی باید رد شود . مطابق ماده ٦۲٤«امین باید مال ودیعه را فقط بکسی که آنرا از او دریافت کرده است یا قائم مقام قانونی او یا بکسی که مأذون در اخذ میباشد مسترد دارد » پس بموجب این مادهٔ امین باید مال ودیعه را بشخصی که آنرا از او دریافت کرده است رد نماید و چون قائم مقام قانونی آن شخص و یا کسی که از قبل او مأذون در اخذ است بمنزله خود امانت گذار محسوب است لذا رد مال به آنها نیز موجب رفع مسئولیت امین خواهد بود . ولی ممکن است موقعی پیش آید که امین بواسطه ضرورتی مثلا بعلت ترك علاقه و مسافرت بخواهد مال ودیعه را رد ، نماید و به کسی که حق اخذ دارد دست رس

نداشته باشد در این صورت قسمت اخیر مادهٔ مزبوره مقرر میدارد که امین باید مال‌ودیعه را به حاکم رد نماید .

۶۸۱ – امین نمی تواند درحین رد ودیعه از امانت گذار تقاضا نماید که مالکیت خود را نسبت به مال ودیعه ثابت کند. چه مطابق اصل کلی هر کس باید تعهد خود را در مقابل متعهد له انجام دهد و چون امین با اخذ مال از امانت گذار متعهد شدهٔ است که مال ودیعه را به شخص اومسترد دارد، لذا دیگر نمی تواند در مالکیت او تردید نماید چنانکه مثل عوام در این موضوع می گوید که « دست دست را می شناسد » ولی هر گاه محقق گردد که مال ودیعه متعلق به غیر میباشد در این صورت مطابق مادهٔ ۶۲۵ امین باید آنرا به مالك حقیقی رد کند و هر گاه عدم مالکیت امانت گـذار ثابت بودهٔ ولـی مالك‌حقیقی‌معلوم‌نباشد مطابق‌قسمت اخیرهمان‌مادهٔ مال‌ودیعه‌تابع احکام‌اموال‌مجهول‌المالك‌خواهدبود

۶۸۲ – هرگاه پس از عقد ودیعه در احوال شخص امانت گذار تغییری حادث شود،مثلا به علت جنون محجور گردد، دراین صورت چون عقد مزبور عقدی است‌جائزلذا مطابق ماده ۶۲۸ « عقد ودیعه منفسخ و ودیعه را نمی توان مسترد نمود مگر به کسی که حق ادارهٔ کردن اموال‌محجوررا دارد . » وبرعکس اگر مال‌محجوری را ولی یاقیم اوبه ودیعه گذاشته باشد وصاحب مال از حجر خارج گردد، دراین صورت مال ود یعه باید به مالك مسترد شود چنانکه همین حکم را مادهٔ ۶۲۹ به طریق ذیل بیان می کند « اگر مال محجوری بودیعه گذارده شدهٔ باشد آن مال باید پس از رفع حجر به ما لك مسترد شود . » اگر چه از ظاهر این مادهٔ ممکن است چنین استنباط نمود که امین دیگر نمی تواند مال محجور را به‌ولی یاقیم اورد نماید بلکه مکلف است که آنرا پس از رفع‌حجر به خود مالك رد کند، ولی بدیهی است که مادام رفع حجر نشدهٔ است امین باید مطابق مادهٔ ۶۲۴ مال ودیعه را به ولی یاقیم محجور که امانت گذار بودهٔ است رد کند، و اطلاق عبارات مادهٔ ۶۲۹ نمی تواند ناقض این حکم گردد، چنانکه مادهٔ ۶۳۰ درتائید همین فکر مقرر داشته است که « اگر کسی مالی را بسمت قیمومیت یا ولایت ودیعه گذارد آن مال باید پس از رفع سمت مزبورهٔ به مالك آن رد شود » یعنی مادام کـه سمت قیمو میت یا ولایت رفع نشدهٔ است باید به خود قیم یاولی رد گردد ولی چون ممکن است علت رفع سمت قیمو مت یا ولایت رفع حجر ازمحجور نباشد، لذا قسمت اخیر مادهٔ مزبوره اضافه می

کند » مگر اینکه از مالك رفع حجر نشده باشد که در این‌صورت به قیم یا ولی بعدی مسترد می گردد .» و این قسمت اخیر نیز دال براین است که از اطلاق عبارات ماده ٦۲۹ نمی توان تعبیر مذکور فوق را استنباط نمود .

٦۸۳ ــ مادهٔ ٦۲٦ موردی را پیش بینی می کند که کسی مال خود را بودیعه گذاشته و قبل از استرداد آن فوت نماید در این صورت مطابق مادهٔ مزبوره « ودیعه بفوت امانت گذار باطل وامین ودیعه را نمی تواند مسترد کند مگر بورات او .» اگر چه در این ماده صحبت از بطلان ودیعه شده است ولی بدیهی است که مقصوداز بطلان همان انفساخ است چه عقد ودیعه عقدی است جائز و موت احد متعاملین موجب انفساخ میگردد و نه‌موجب بطلان آن . در هر حال مادهٔ ٦۲٦ راجع است بموردی که یکنفر مال خود را بودیعه گذارد و حال باید دید که اگر ودیعه گذار مالك مال ودیعه نبوده باشد تکلیف چه‌خواهد بود .

ممکن است ودیعه گذار مالك مال ودیعه نبود،ولی‌بوکالت ازطرف مالك عمل‌نموده باشد ، در این صورت بدیهی‌است که عقد حقیقتاً بین خود مالك و مستودع واقع شده و بنا بر این فوت وکیل در انفساخ آن مؤثر نخواهد بود .و نیز ممکن است که عقد به سمت قیمومت یا ولایت واقع شده باشد ،دراین صورت دیگر نمی توان گفت که‌عاقد واقعی مولی علیه بوده است ،چه مشارالیه برای انعقاد عقد اهلیت ندارد و بنابراین موت‌او در انفساخ عقد مؤثر نبوده و بلکه عقدودیعه بفوت قیم یا ولی که عاقد حقیقی است‌منفسخ میگردد .و بالاخره ممکن است که ودیعه گذار سمتی نداشته و فقط اقدام بعمل فضولی کرده باشد، در این صورت نیز معامله تابع احکام معاملات فضولی خواهد بود .و بنابراین اگر ودیعه گذار قبل‌ازاجازه یا رد مالك فوت کند این نکته مانع نمی گردد از اینکه مالك بعد از فوت او ودیعه را اجازه کند و هم چنین اگر مالك قبل از اجازه یا رد فوت نماید ورات او می توانند ودیعه را اجازه یا رد نمایند .

بالاخره ممکن است اتفاق افتد که ودیعه گذار در ضمن عقد شخص دیگری را برای اخذ ودیعه معین کرده باشد و در این صورت اگر امانت گذار قبل از اخذ ودیعه فوت کند مال ودیعه باید بوارث او رد شود و نه بشخصی که از طرف او معین شده بود .چه در این مورد شخص مزبور وکیل در اخذ بوده و چون وکالت بموت موکل

منفسخ می شود لذا به محض فوت امانت گذار دیگر شخص مذکور وکیل در اخذ نخواهد بود .

۶۸۴ ـ پس بطور کلی مال ودیعه باید به وارث مالك داده شود ولی چون ممکن است که وارث متعدد بوده و نسبت به شخصی که مال ودیعه را باید اخذ کند توافق نظر حاصل نکنند لذا ماده ۶۲۷ مقرر میدارد که در این صورت امین باید مال ودیعه را بحاکم رد کند .

۶۸۵ ـ درمبحث راجع بهتعهدات امین نسبت بهزمان ومکانی که ودیعه باید رد شود حکمی معین نشده است ولی بدیهی است که مال ودیعه باید بهمحض مطالبه رد شودچه عقد ودیعه عقدی است جائز ومطالبه امانت گذار حکایت ازفسخ فعلی مینماید بنا براین امین باید بهمحض مطالبه مال ودیعه رارد کند والا ممتنع ومشمول ماده ۶۱۶ خواهد بود .

ازمطالب فوق چنین نتیجه می گیریم که تعیین مدت همبرای ودیعه حق مطالبه مالك را سلب نمی کند منتهای مراتب مالك فقط وقتی ازحق مطالبه مال ودیعه قبل از موعد مقرر محروم می گردد که بوجه ملزمی ملتزم بعدم مطالبه شده باشد .

واما نسبت به مکان استرداد باید مطابق اصول کلی رفتار شود یعنی اگر برای استرداد محل خاصی بین طرفین مقرر نشده باشد مال ودیعه باید در محلی کهعقد درآنجا واقع شدهاست مسترد شود .

۶۸۶ ـ ماده ۶۳۲ یك عدد اشخاصی راکهممکن است بمناسبت شغل خود متصرف مال غیر باشند در موارد خاصه تشبیه بامین نموده ومقررمیدارد که « کاروانسرادار وصاحب مهمانخانه وحمامی وامثال آنها نسبت بهاشیاء واسباب یاالبسه واردین وقتی مسئول میباشند که اشیاء و اسباب یاالبسه نزد آنها ایداع شده باشد ویا اینکه برطبق عرف بلد درحکم ایداع باشد. »
پس بموجب این ماده اگر مسافر اشیاء واسبابی را که همراه خود دارد به کاروانسرادار یابه صاحب مهمانخانه ، ویا مشتری البسه خودرا به حمامی نسپرده باشد ، آنها مسئول حفاظت اشیاء والبسه نخواهند بود مگر اینکه عرف بلد آنهارا امین محسوب دارد . و چون در غالب اماکن عرف بلد کاروانسردار وصاحب مهمانخانه رافقط نسبت بهاشیاء واسبابیامین محسوب می دارد که عادتاً مسافرین همراه خود دارند لذا اشخاص مزبور نسبت بهاین قبیل اشیاء مسئول نخواهند بود اگرچه بهآنها سپرده نشده باشد وبر عکس نسبت به اشیائی که عادتاً مسافر

همراه خود بر نمیدارد بهیچوجه مسئولیتی نخواهند داشت مگر در صورت ایداع. و هم چنین چون عرف غالب بلاد حمامی را فقط نسبت به البسه مشتری مستودع تلقی می نماید، ونه نسبت به پول یاساعت وغیره که ممکن است مشتری باخود داشته باشد، لذاحمامی نسبت به البسه مسؤل بوده ونسبت به سایر اشیاء مشتری مسؤلیتی نخواهد داشت مگر در صورتی که به او سپرده شده باشد .

مبحث سوم

در تعهدات امانت گذار

۶۸۷ - برعکس امین که مطابق قانون تعهدات بالنسبه سنگین را عهده دار میباشد امانت گذار تعهدی ندارد جز آنکه باید مخارجی را که امانت دار برای حفظ مال ودیعه کرده است به او بدهد . و مخارجی را که رد مال ودیعه مستلزم آنست متحمل گردد حکم اول بموجب ماده ۶۳۳ معین شده است و از عبارات ماده مزبوره مستنبط است که امین فقط حق مطالبه مخارجی رادارد که برای حفظ مال ودیعه لازم بوده است بنابر این مشارالیه نمی تواند مخارجی را که برای تعمیر مال ودیعه ویا برای تزئین آن نموده‌است مطالبه کند مگر اینکه مخارج تعمیر را بتوان از مخارج لازمه برای حفظ مال ودیعه محسوب نمود .

۶۸۸ - حکم دوم بموجب ماده ۶۳۴ مقرر شده ومطابق آن « هرگاه رد مال مستلزم مخارجی باشد بعهده امانت گذار است .»

فصل دهم

در عاریه

۵۸۹ مطابق ماده ۶۳۵ « عاریه عقدی است که بموجب آن احد طرفین بطرف دیگر اجازه میدهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود » و قسمت اخیر ماده مزبور اضافه مینماید که « عاریه دهنده را معیر و عاریه گیرنده را مستعیر گویند »

۶۹۰ - تعریف مذکور درماده فوق خالی از اشکال نیست . زیرا که اولا از جمله « بطرف دیگر اجازه میدهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود » چنین استنباط

میگردد که معیر باید از هر حیث مالك مال عاریه باشد و حال آنکه این شرط شرط حتمی نیست چنانکه مادهٔ بعد یعنی مادهٔ ۶۳۶ صراحتاً مقرر میدارد که « عاریه دهنده علاوه بر اهلیت باید مالك منفعت مالی باشد که عاریه میدهد اگر چه مالك عین نباشد. » پس ممکن است معیر مالك عین عاریه نباشد - ثانیاً لازمه انتفاع از عین مال ممکن است افناء آن مال باشد، و حال آنکه بموجب مفهوم مخالف مادهٔ ۶۳۷ اشیائی که انتفاع از آن بابقاء عین ممکن نمیباشد نمیتواند مورد عقد عاریه گردد، چه مادهٔ مزبورهٔ مقرر میدارد « هرچیزی که بتوان بابقاء اصلش از آن منتفع شد میتواند موضوع عقد عاریه گردد » و حال آنکـه تعریف مزبوره این تشخیص را ندادهٔ و مستنبط از اطلاق عبارت آن اینست کـه هر مالی را میتوان عاریه داد .

پس نظر بمراتب فوق بهتر آن میشد که این عقد بطریق ذیل تعریف شود: «عاریه عقدی است که بموجب آن احد طرفین مالی را بدیگری تسلیم مینماید که از آن مجاناً منتفع شود و طرف مقابل متعهد میگردد که عین آنرا مسترد نماید. » وچون در این تعریف بمالکیت معیر اشارهٔ نشدهٔ و رد عین مال هم قید گردیدهٔ است لذا هیچیك از دو اشکال فوق وارد نخواهد بود .

در موضوع انحصار عقد عاریه‌به‌اموالی که انتفاع از آن فقط بابقاء عین ممکن‌است همان اشکالی موجود است که سابقاً در موضوع عقد اجارهٔ مذکور گردید ، و اشکال‌مزبور باید بهمان طریق نیز که سابقاً شرح دادهٔ شدهٔ است حل گردد. بنا بر این اگر درمورد اموالی که بطور کلی‌انتفاع از آن موجب افناء عین‌آن می‌باشد انتفاع مقصود انتفاعی باشد که مستلزم افناء عین نیست ، در این صورت نسبت به این قبیل اموال عقد عاریه صحیح خواهد بود. مثلا اگر کسی یکمقدار شمعی را بقصد نصب در چهل چراغ و نه بقصد سوزانیدن عاریه کند این عقد صحیح خواهد بود و حال آنکه شمع از جمله اشیائی است که‌انتفاع از آن بابقاء عین ممکن نیست، و علت این ترتیب آنست که انتفاع منظور انتفاعی نیست که موجب افناء عین مال باشد .

۶۹۱ ــ عقد عاریه از عقود جایزهٔ است و بنا بر این نه فقط بطوریکه در مادهٔ ۶۳۸ تصریح شدهٔ است « بموت هر یك از طرفین منفسخ میشود» بلکه هر یك ازمتعاملین حق دارد که هر وقت بخواهد آنرا فسخ کند.

۶۹۲ ـ اگر چه در موضوع اینکه عقد عاریه چه نحو تحقق پیدا میکند قانون مدنی اختیار سکوت کرده است ولی اگر درست دقت نمائیم ملاحظه خواهیم کرد که تحقق این عقد بعد از وقوع باید متوقف بر تسلیم عین مالی باشد که عاریه داده میشود چه عقد مزبور بهیچوجه برای معیر ایجاد تعهد نمینماید و چون از عقود جایزه است و معیر میتواند هر وقت بخواهد آنرا فسخ کند لذا میتواند قبل از تسلیم مال به مستعیر از این حق خود استفاده کرده و از تسلیم مال خود داری نماید ، پس باین‌طریق نمیتوان ادعا نمود که عقد عاریه مثل عقد بیع مثلا بمحض وقوع تحقق پیدا مینماید و همین ترتیب در موضوع عقد ودیعه هم باید رعایت شود .

اگر عقد عاریه بعد از تحقق برای معیر ایجاد تعهد عمده نمینماید بر عکس برای مستعیر ایجاد تعهداتی میکند و آن عبارتست اولا از ضمان در صورت تفریط یا تعدی و ثانیاً از رد عین مال عاریه .

۶۹۳ ـ (الف) ضمان در صورت تفریط یا تعدی ـ این تعهد مستعیر نتیجه آنست که او نسبت بمال عاریه امین محسوب است همانطور که مستودع نسبت بودیعه و مستأجر نسبت بعین مستأجره امین میباشد و بنا براین همان تعهداتی که از این حیث بر عهده مستودع یا مستأجر موجود است بر عهده مستعیر نیز موجود میباشد چنانکه ماده ۶۴۰ بطور کلی مقرر میدارد که « مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمیباشد مگر در صورت تفریط یاتعدی » و در نتیجه محدود بودن مسئولیت مستعیر بمورد تفریط یاتعدی است که بموجب ماده ۶۴۱ مشار الیه « مسئول منقصت ناشی از استعمال مال عاریه نیست مگر اینکه در غیر مورد اذن استعمال نموده باشد و اگر عاریه مطلق بوده بر خلاف متعارف استفاده کرده باشد »

استعمال درغیر مورد اذن ویااستفاده برخلاف متعارف درصورتیکه عاریه‌مطلق‌باشداز انحاءتعدی محسوب بوده وبنابراین قسمت اخیر ماده ۶۴۱ حکم تازهٔ بیان‌نمیکند واگر این استثناء تصریح شده است فقط برای آنست که در حین اختلاف حاکم قضیه بقسمت اول ماده توسعه بی اندازه نداده و آنرا وارد بر ماده ۶۴۰ تلقی نکند .

۶۹۴ ـ محدود بودن ضمان مستعیر بر موارد تفریط یا تعدی حکم کلی است ولی آزادی متعاملین در تعیین جزئیات و شرایط‌معامله بانها اجازه میدهد که‌حد ضمان را توسعه

دهند و مستعیر را در موارد خاصه و یابطور کلی در غیر صورت تفریط و تعدی مسؤل قرار دهند چنانکه ماده ٦٤٢ این نکته را تصریح کرده و مقرر میدارد که « اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد مسؤل هر کسر ونقصانی خواهد بود اگرچه مربوط بعمل او نباشد » و ماده ٦٤٣ همین فکررا تعقیب نموده مقرر میدارد که «اگر بر مستعیر شرط ضمان منقصت ناشی از صرف استعمال نیز شده باشد ضامن این منقصت هم خواهد بود »

٦٩٥ - پس بموجب مواد مذکور فوق ضمان مستعیر محدود بر موارد تفریط یا تعدی بوده و در غیر این موارد مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمیباشدمگر اینکه شرط ضمان شده باشد ولی این ترتیب درصورتی خواهد بود که مال عاریه غیر از طلا و نقره باشدو اگر برعکس مال مزبور طلا یانقره باشد اعم از مسکوك و غیرمسکوك این حکم منقلب و ضمان مستعیرنا محدودخواهد بود مگر اینکه شرط عدم ضمان شده باشد چنانکه ماده ٦٤٤ در این موضوع مقرر میداردکه « در عاریه طلا و نقره اعم از مسکوك و غیر مسکوك مستعیر ضامن است هر چند شرط ضمان نشده باشد وتفریط یا تعدی هم نکرده باشد » اگر چه امکان شرط عدم ضمان در این ماده تصریح نشده است لیکن بدیهی است که طرفین متعاملین میتوانند هر شرط جایزی را بنمایندو شرط عدم ضمان هم دراین مورد از جمله شرایط غیر جایزه محسوب نمیشود .

برای حکم مندرج در ماده ٦٤٤ حکمتی که ممکن است ذکر نمود آنست که طلا و نقره از موادذی قیمت بوده و متصرف آن باید درحفاظت آن مواظبت بیشتری بعمل آورد تا در حفاظت سایر اشیاء و اگر طلا یا نقره که عاریه داده شده است تلف شود فرض قانون آنست که مستعیر بقدر لزوم در حفاظت آن کوشش نکرده و این تلف در نتیجه تفریط او بوده است و بنا بر این ضامن آن میباشد و این فرض هم ازجمله فروضی است که اثبات خلاف آنرا قانون تجویز ننموده است بعبارة اخری مستعیر نمیتواند ثابت کند که بهیچوجه مرتکب تفریط یا تعدی نشده و نباید ضامن تلف مال عاریه باشد پس بدین طریق حکم مندرج در ماده ٦٤٤ را میتوان شامل قاعده کلیه نمودبا این فرق که دراینصورت تفریط مستعیرفرض قانونی لایتغیر است .

٦٩٦ - ممکن است مالی که بعاریه داده میشود دارای عیوبی باشد که برای مستعیر تولید خسارت کنددر اینصورت ماده ٦٣٩ مقرر میداردکه معیر مسئول خسارات وارده نخواهد

شد مگر اینکه عرفاً مسبب محسوب شود وماده مزبوره اضافه میکند که « همین حکم در مورد مودع و موجر و امثال آنها نیز جاری میشود »

۶۹۷ - (ب) - استردادعین مال عاریه - همانطور که مستودع متعهداست که‌عین مال ودیعه را رد نماید مستعیر نیز باید عین مال عاریه را مسترد دارد و احکام راجعه برد مال عاریه همانست که برای رد مال ودیعه مقرراست چنانکه ماده ۶۴۵ مقرر میدارد که « در رد عاریه باید مفاد مواد ۶۲۴ و ۶۲۶ تا ۶۳۰ رعایت شود »

۶۹۸ - علاوه بر تعهدات فوق که‌بر عهده مستعیر است ماده ۶۴۷ مقرر میدارد که « مستعیر نمیتواند مال عاریه را بهیچ‌نحوی بتصرف غیر بدهد مگر باذن معیر » اگر چه در ظاهر چنین بنظر میاید که ماده مزبوره تعهد منفی جدیدی بر عهده مستعیر ایجاد مینماید ولی اگر درست دقت شود معلوم خواهد شد که این‌مورد نیز داخل در موارد ضمان در صورت تفریط یاتعدی است چه اگر مستعیر مال عاریه رابدون اجازه معیربتصرف غیر دهد از حدود اذن خارج و مرتکب تفریط خواهد شد وبنابر این در صورت تلف ضامن می باشد .

۶۹۹ - بالاخره نسبت بمخارج مربوطه بمال عاریه ماده ۶۴۶ دو قسم مخارج پیش بینی مینماید : یکی مخارج لازمه‌برای‌انتفاع و دیگری مخارج لازمه برای نگاهداری .

مخارج از قسم اول بدیهی است که باید بعهده مستعیر باشد زیرا که منتفع الیه از مال عاریه مجاناً استفاده مینماید واگر مخارج لازمه برای انتفاع هم‌بعهده معیر میشدحکم‌غیر عادلانهٔ میگشت - مخارج از قسم دوم یعنی‌مخارج لازمه برای نگاهداری تابع عرف وعادت است مگر اینکه شرط خاصی شده باشد .

نظر بمراتب فوق‌اگر کسی‌مثلااسب سواری بدیگری‌عاریه دهدمخارج‌لازمه انتفاع که‌عبارت‌ازمخارج تهیه زین و برك و غیره است بعهده مستعیر و مخارج لازمه برای‌نگاهداری که عبارت از قیمت کاه وجو وغیره‌باشد تابع عرف خواهد بود ولی بدیهی است که نسبت بهردو مخارج طرفین میتوانند ترتیب خاصی را شرط نمایند واین شرط خاص منحصر بمخارج نگاهداری نمیباشد وحال آنکه ماده ۶۴۶ آنرا تقریباً منحصر بمخارج مزبوره مینماید .

فصل یازدهم

در قرض

۷۰۰-در اغلب از قوانین مدنی اروپائی عقد قرض وعقد عاریه را با یکدیگر مخلوط و تابع احکام واحده نموده اند منتهای مراتب برای تشخیص آنهااز یکدیگر عاریه را قرض برای استعمال و قرض معمولی را قرض برای مصرف مینامند ، وبعلاوه غالباً موضوع‌عاریه یعنی قرض برای استعمال ، اشیائی است که انتفاع از آن موجب افناء آن نمیشود وحال آنکه غالباً موضوع قرض یعنی قرض برای مصرف اشیائی است که انتفا ع از آن بدون افناء عین ممکن نیست . وبرعکس قانون مدنی ما این دوعقد را کاملا از یکدیگر مجزا و تابع احکام خاصه نموده است .

۷۰۱ - مطابق مادهٔ ٦٤٨ « قرض عقدی است که بموجب آن احد طرفین‌مقدار معینی از مال خود را بطرف دیگر تملیك میکند که طرف مزبورمثل آنرا از حیث‌مقدار وجنس ووصف رد نماید و در صورت تعذ ر رد مثل قیمت یوم الرد را بدهد. » در عقد قرض قرض دهنده را مقرض و قرض کننده را مقترض میگویند .

۷۰۲-بموجب مادهٔ فوق عقد قرض مقترض را مالك موضوع قرض قرا ر میدهد و در نتیجه همین مالکیت مقترض است که مادهٔ ٦٤٩ مقرر میدارد که « اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم تلف یا ناقص شود از مال مقترض خواهد بود. »

چون این مادهٔ خالی از مفهوم نیست و بموجب مفهوم مخالف‌آن اگر مال‌موضوع قرض قبل از تسلیم تلف یا ناقص شود تلف یا نقص بعهدهٔ مقرض‌خواهد بود، لذاممکن‌است نسبت باین مفهوم همان اشکالی را وارد نمود که در فصل بیع نسبت بحکم مندرج د ر مادهٔ ۳۸۷، یعنی نسبت بحکمی که بموجب آن اگر مبیع قبل از تسلیم تلف شود از کیسه بایع خواهد بود، وارد نمودیم .

توضیح آنکه اگر عقد قرض بمحض وقوع مالکیت موضوع قرض را بمقترض‌منتقل مینماید بچه علت مقرض باید متحمل خسارت ناشی از تلف یا نقص مال غیر گر دد در صورتیکه این خسارت بدون تفریط یا تعدی او وارد شده باشد ؟

اگر رفع این ایراد در موضوع بیع قدری مشکل بود بر عکس در موضوع قرض بان اندازه مشکل نمیباشد، چه ادعای اینکه عقد قرض بمحض وقوع مقترض را مالك بالاطلاق موضوع قرض قرار میدهد ادعای صحیحی بنظر نمیرسد بعلت اینکه بموجب مستنبط از مفهوم مادهٔ ٦٥١ که بر طبق آن « اگر برای اداء قرض بوجه ملزمی اجلی معین شده باشد مقرض نمیتواند قبل از انقضاء مدت طلب خود را مطالبه کند » عقد قرض عقدی است جایز و چون با این حال مقرض میتواند بمیل خود وبدون خیار خاصی قبل از تسلیم موضوع قرض این عقد را فسخ نموده و از تسلیم عین مال خود داری نماید لذا نمیتوان گفت که مالکیت مقترض نسبت بموضوع قرض تحقق پیدا کرده است و الا عقد قرض بایستی از عقود لازمه بوده و مقرض حق فسخ آنرا نداشته باشد مگر درصورت داشتن خیار مخصوص .

پس نظر بمراتب فوق چون مادام که موضوع قرض بمقترض تسلیم نشده است مالکیت او تحقق پیدا نمیکند لذا طبیعی است که اگر مال مزبور قبل از تسلیم تلف یا ناقص شود خسارات ناشیه از آن باید بعهدهٔ مقرض باشد ـ راست است که جایز بودن عقد قرض بعد از تسلیم موضوع آن هم بمقرض اجازه میدهد که عقد را فسخ نماید و بنا بر این شاید بتوان این نکته را دلیل قاطع عدم تحقق مالکیت مقترض قرار دادولی چون فسخ بعد از تسلیم موجب خروج موضوع قرض از تحت سلطه مالکانه مقترض نمی باشد بلکه مقترض میتواند حتی در صورت موجود بودن عین مالی که موضوع قرض بوده است فقط مثل آنرا رد نماید لذا این اشکال مورد نخواهد داشت .

۷۰۳ ـ در هرحال عقد قرض پس از تسلیم مال و تحقق عقد برای مقترض ایجاد تعهد مینماید وآن عبارتست از رد مثل مال از حیث مقدار و جنس و وصف واگر مقترض متعهد است که مثل موضوع قرض را از حیث مقدار وجنس ووصف رد نمایدمشارالیه بهیچوجه ملزم نمیباشد که مثل آنرا از حیث قیمت هم ردکند چنانکه مادهٔ ٦٥٠ دراین موضوع مقرر داشته است که « مقترض باید مثل مالی را که قرض کرده است رد کند اگر چه قیمتاً ترقی یا تنزل کرده باشد »

شاید در بادی امر باهمیت حکم مندرج دراین مادهٔ نتوان پی بردولی اگر قدری دقت شود معلوم میگردد که حکم مزبور مخصوصاً نسبت باستقراض وجه نقد ودر معاملات تجارتی که بانواع پول داد

وستد میشود اهمیت خاصی را حائز است چه مطابق این مادهٔ مقترض باید مثل مالی را که قرض کرده است ردکند اگر چه قیمتاً ترقی یاتنزل کرده باشد پس اگر یك نفر درطهران مثلا مبلغ یکصد هزار فرانك قرض کندباید درسر وعدهٔ عین فرانك بدهد اگرچه قیمت فرانك درتاریخ تأدیه فوق‌العادهٔ ترقی یاتنزل کرده باشد .

۷۰۴ — مطابق اصل کلی که بموجب آن متعهد له را نمیتوان مجبور نمود که فقط قسمتی از موضوع تعهد رادر یافت‌نماید، مقرض راهم نمیتوان مجبور کرد که‌فقط قسمتی از موضوع قرض‌را قبول کنددر صورتیکه تمام‌آن‌حال ولازم التأدیه باشد، ولی چون ازطرف دیگرشاید برای‌مقترض تأدیه تمام موضوع قرض ممکن نباشد ومقرض هم شاید برخلاف صرفه خود برای قبول فقط قسمتی ازموضوع تعهد حاضر نگردد، لذامادهٔ ۶۵۲ مقرر میدارد که «درموقع‌مطالبه حاکم مطابق اوضاع واحوال برای مقترض مهلت یااقساطی قرار میدهد.»

۷۰۵ — بااوضاع اقتصادی کنونی، امروز عقد قرضی که‌موضوع آن غیر از وجه نقد باشد کمتر واقع میشود وتقریباً میتوان گفت که در معاملات جاریه موضوع بیشتر عقود قرض همان وجه‌نقد است، وچون صاحبان‌سرمایه حاضر نمیشوند که بدون ربح‌قرض بدهند لذا مادهٔ ۶۵۳ بانها ارائه طریق کرده ومقرر میدارد که « مقترض میتواند بوجه ملزمی بمقرض وکالت دهد در مدتی که قرض بر ذمه او باقی است مقدار معینی از دارائی مدیون در هرماه یادر هر سال مجاناً بخود منتقل نماید.»

راست است که این‌مادهٔ بطور مطلق‌نوشته‌شدهٔ وبهیچوجه مقصود مذکور فوق را حاکی نیست ولی اگر درست دقت شود معلوم خواهد شد که‌برای همین مقصود بودهٔ است، چه‌هر کس میتواند بهر کس دیگر وکالتیکه موضوع آن‌امر مشروعی باشدبدهد بنابر این اگرمقصود خاصی نبود ذکر این‌مادهٔ درفصل‌راجع بقرض موضوعی نمیداشت وبایستی درفصل‌راجع‌بوکالت ذکر شدهٔ باشد مضافاً به‌اینکه جمله « در هرماه یادر هر سال مجاناً بخود منتقل نماید » کاملا حکایت میکند که مقصود ازاین مادهٔ همان‌ارائه طریق است برای تحصیل ربح ازسرمایهٔ که‌قرض دادهٔ میشود ونه انشاء حکمی راجع بامکان وکالت.

فصل دوازدهم

در قمار و گروبندی

۷۰۶ اگرچه درهیچیك از مادتین ٦٥٤ و ٦٥٥ که راجع باین موضوع است قمار و گروبندی تعریف نشده است ولی آنهارا میتوان بطریق ذیل تعریف نمود :

قمار قرار دادی است که بموجب آن هریك ازبازی کنندگان متعهد میشود که در صورت باختن مبلغی وجه یا چیز دیگری ببرنده بدهد .

گروبندی قرار دادی است واقع بین دو نفر که در یك موضوع اختلاف عقیده دارند وبموجب آن هر یك از طرفین متعهد میشود که درصورت ظهور عدم صحت عقیده او مبلغ معین یاچیز دیگری بطرف مقابل بدهد.

۷۰۷ ـ قمار و گروبندی بطور کلی و مخصوصاً قمار مخالف با نظام اجتماعی است زیرا که قمار برای بازی کن راه دخلی نشان میدهد که گرچه احتمالی است ولی بدون زحمت و مشقت است و احتمال دخل بدون زحمت انسان را از کار باز داشته و بطرف قمار سوق میدهد . و چون اساس نظام اجتماعی در کار کردن مردم است لذا اگر قمار تجویز میگشت مخل نظام اجتماعی میشد و بهمین جهت است که تقریباً تمام شارعین آنرا نهی کرده اند و همین معنی نه فقط بموجب قانون مجازات عمومی که قمار علنی را جرم قرارداد است تعیین شده بلکه بموجب ماده ٦٥٤ قانون مدنی هم تصریح گشته است .

بموجب این ماده « قمار و گرو بندی باطل و دعاوی راجعه بآن مسموع نخواهد بود » و حتی ماده مزبوره بحکم خود توسعه داده و مطابق قسمت اخیر خود، آنرا شامل کلیه تعهداتی مینماید که از معاملات نامشروع تولید شده باشد.

۷۰۸ ـ باوجود مراتب فوق قانون باصلی که بموجب آن دعاوی راجعه بگروبندی مسموع نیست استثناء خاصی قائل شده و بموجب ماده ٦٥٥ «در دوانیدن حیوانات سواری و همچنین در تیر اندازی و شمشیر بازی گروبندی جایز و مفاد ماده قبل در مورد آنها رعایت نمیشود »

اگر بمستثنیاتی که در این ماده ذکر شده است دقت شود ملاحظه خواهیم نمود که قانون خواسته است نسبت بگروبندیهائی که موضوع آن ورزشهای بدنی وبامشقهای نظامی است عطف

توجه خاصی نموده وباتجویز دعاوی راجعه بتعهدات ناشیه ازاین قبیل امور خواسته است که افراد را باین قبیل اعمال تشویق نماید ولی بدیهی است که چون ماده ٦٥٥ استثناء از حکم کلی است لذا باید درموارد خاصی که صراحتاً پیش بینی شده است اجرا گردد و بنابراین معاد ماده مزبوره رانمیتوان درمورد تمام بازیهائی که موضوع آن و رزش بدنی یامشق نظامی است اجرا نمود مثلا در بازی فوتبال که موضوع آن صرف ورزش بدنی است وامثال آن گروبندی جایز نبوده ودعاوی راجعه بتعهدات ناشیه از این قبیل گرو بندیها درمحاکم نباید پذیرفته شود .

فصل سیزدهم

در وکالت

مبحث اول

در کلیات

۷۰۹ - بموجب ماده ٦٥٦ « وکالت عقدی است که بموجب آن یکی ازطرفین طرف دیگررابرای انجام امری نایب خود مینماید » پس موافق تعریف فوق صفت ممیز این عقد عبارتست از استنابه یعنی از اینکه وکیل قائم مقام موکل بوده ، و هر امری را انجام دهد، نه فقط بحساب ، بلکه بنام موکل هم انجام خواهد داد .

تشخیص این نکته امری است بسیار مهم چه ممکن است در بعضی مواقع تولید اشتباه شود ، مثلا معاملاتی که عاملین تجارتی مینمایند بحساب تاجری است که از طرف او نمایندگی دارند ، ولی این معاملات فقط بحساب آنهااست ونه بنام آنها . بنا براین تمام اثرات قانونی معاملات در روابط عامل باطرف معامله متوجه خود عامل میشود ، و حال آنکه تمام عملیات کسیکه بوکالت از طرف یکنفر اقدام بمعامله مینماید بنام موکل بوده و بنابر این کلیه اثرات قانونی آن معامله متوجه شخص موکل خواهد بود بدون آنکه وکیل بتواند از آن متضرر یا منتفع گردد .

۷۱۰ - برای اینکه وکالت تحقق پیدا کندباید وکیل آنرا قبول نماید ولی برای ایجاب یا قبول استعمال الفاظ صریحه لازم نیست بلکه مطابق ماده ٦٥٨ « وکالت ایجاباً و

قبولا بهر لفظ یافعلی که دلالت بر آن کند واقع میشود »

درعقد وکالت نه برای موکل اهلیت تام شرط شده است و نه برای وکیل یعنی لازم نیست که هم وکیل وهم موکل برای تمام معاملات اهلیت داشته باشند تابتوانند عقد وکالت راهم جاری سازند ، بلکه شرط صحت وکالت از حیث اهلیت آنست که موکل ووکیل برای انجام امری که نسبت بان وکالت داده میشود اهلیت داشته باشند ، بنابر این یکنفر سفیه نمیتواند برای بیع مال خود بیکنفر دیگر وکالت دهد اگرچه وکیل کبیر و عاقل و رشید هم باشد ولی میتواند برای قبول هبه غیر معوض کس دیگریرا وکیل کند اگرچه وکیل یکنفر سفیه باشد زیرا که غیر رشید نمیتواند شخصاً وبدون اجازه ولی عقد بیع واقع سازد ولی میتواند بدون اجازه او بتملکات بلا عوض از هر قبیل اقدام نماید ـ و همچنین یکنفر یکه بعلتی ممنوع از تصرف در مال بخصوصی باشد نمیتواند نسبت بتصرفات راجعه بانمال وکالت دهد ولی میتواند نسبت بتصرفات راجعه بسایر اموال خود وکیل معین کند .

مطالب مذکوره فوق از صریح عبارت ماده ٦٦٢ مستفاد میشود چه مادهٔ مزبوره مقرر میدارد که « وکالت باید درامری داده شود که خود موکل بتواند آنرا بجاآورد وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امر اهلیت داشته باشد . » معذالك عبارات قسمت اول این ماده قدری ناقص است . چه یکنفر نمیتواند درهر امری که خود اومیتواند بجا آورد بدیگری وکالت دهد. توضیح آنکه بعضی از امور است که مباشرت شخص در آن شرط لازم بشمار میرود مثلا اتیان قسم و یانفی ولد از جمله اموری است که حتماً باید مباشرت آن با خود شخص باشد و این قبیل امور را نمیتوان بوکالت انجام داد .

۷۱۱ ـ برای وکالت اقسام مختلفه میتوان فرض نمود :

اولا ـ بطوری که سابقاً مذکور شد ، وکالت ممکن است عهدی باشد یا قانونی ویا قضائی :

وکالت عهدی آنست که در نتیجه عقد حاصل میشود و موضوع این فصل همان وکالت عهدی است .

وکالت قانونی همان نمایندگی است که قانوناً ولی یا قیم مثلا از طرف مولی علیه دارد وبالاخره وکالت قضائی مثل وکالتی است که مأمور اجرا از طرف محکوم له برای قبض محکوم به دارد و در حقیقت اگر درست دقت شود وکالت قضائی باید یکی از شقوق وکالت قانونی

محسوب‌شود چه همانطور که ولی یاقیم بموجب‌قانون نمایندگی مولی علیه را دارد همانطور هم اختیارات مأمور اجرا و امثال آنها در اثر قانون است .

۷۱۲ - ثانیاً - وکالت ممکن است مجانی باشد یا با اجرت .

اگر بتعریف مذکور در مادهٔ ۶۵۶ دقت شود ملاحظه خواهد شد که نه مجانی بودن وکالت از شرایط اساسی این عقد محسوب میشود ونه با اجرت‌بودن آن چنانکه در تعریف مزبور نه اشاره باجرت و نه اشاره بمجانی بودن شده است . وبر عکس مادهٔ ۶۵۹ صراحتاً هر دو قسم وکالت را تجویز میکند .

درامکان مجانی‌بودن وکالت‌هیچ اشکالی‌نیست ولی دروکالت‌با اجرت‌ممکن است این‌اشکال‌تولید شود که آیا با تعیین اجرت برای وکیل‌عقد وکالت مبدل‌بعقد اجاره میشود یانه ؟ بدیهی‌است که اگر خود قانون وکالت بااجرت را صراحتاً تجویزنکرده‌بود ممکن بود که حل این اشکال آسان نباشد ولی با صراحت مادهٔ ۶۵۹ دیگر بهیچوجه‌نمیتوان ادعا نمود که تعیین اجرت‌برای‌وکیل عقد وکالت را مبدل بعقد اجاره مینماید وحتی مقررات مادهٔ ۶۷۷ که بموجب‌آن « اگر دروکالت مجانی یا با اجرت بودن آن تصریح نشده باشد محمول براین است کـه بااجرت باشد » با اجرت بودن عقد وکالت را جزو طبیعت این عقد قرار داده وبنا براین اگر منظور طرفین وکالت مجانی باشد این نکته باید یاتصریح گردد ویا بقرائن ثابت شود .

۷۱۳ - ثالثاً - از نقطه نظر حدود وکالت واختیارات و کیل وکالت ممکن است مطلق باشد یامقید .

از مفاد مادهٔ ۶۶۰ معلوم میشود که وکالت وقتی مطلق است که برای تمام امور موکل باشد و وقتی مقید است که فقط برای انجام امر یاامور خاصی باشد . وچون بموجب مادهٔ ۶۶۳ وکیل نمیتواند عملی را که از حدود وکالت او خارج است انجام دهد ، لذا در صورتی که اختیارات وکیل محدود ومصرح باشد اجرای این ماده اشکالی نخواهد داشت ولی‌اگر وکالت‌بطورمطلق داده‌شود . دراین‌صورت بدیهی‌است‌که تعیین حدود اختیارات وکیل امر سهلی نخواهد بود وحتی ممکن است بعضی از اوقات اشخاصیکه بطور مطلق وکالت از طرف غیر را تحصیل مینمایند ازسمت خود سوء استفاده نموده و اقدام بانجام اموری بکنند کـه مسلماً منظور نظر موکل نبوده است. وبرای جلوگیری از این قبیل وقایع ومخصوصاً برای معین کردن حدود اختیارات وکیل مطلق است که مادهٔ ۶۶۱ مقرر میدارد « درصورتی

که وکالت مطلق باشد فقط مربوط باداره کردن اموال موکل خواهد بود »

نظر بماده فوق وکیلی که از طرف موکل خود وکالت مطلق داشته باشد فقط حق اداره کردن اموال موکل خود را خواهد داشت و نه حق همه قسم تصرفات ناقله‌را و بنا بر این چنین وکیل نمیتواند اموال موکل خود را بفروشد و یا رهن گذارد چه این قبیل تصرفات تصرفات‌مربوط باداره‌کردن اموال نمیباشد ولی وکیل‌مزبور میتواند اموال موکل خود را اجاره بدهد و مال‌الاجاره آنرا وصول کند .

در موضوع اختیارات وکیل مطلق راجع بامور یکه علی الظاهر از جمله امور مربوطه باداره کردن اموال محسوب نمیشود مثل نقل و انتقالات راجعه بعین اموال‌موکل این نکته نیز باید نا گفته نماند که هرگاه تصرفات ناقله را بتوان استثناءً داخل اعمالی‌نمود که برای اداره کردن اموال لازم میباشد اختیارات وکیل مطلق شامل آن نیز میشود واین قبیل تصرفات را وقتی میتوان داخل در اعمال لازمه اداره محسوب داشت که اگر خود موکل هم مستقیماً متصدی اداره اموال خود میبود آنرا بموقع اجرا میگذاشت .

۷۱٤ ــ در هر حال در سنجش حدود اختیارات وکیل مطلق باید احتیاط خاصی بعمل آورد تامخالف منظور موکل واقع نشود ، وبهمین جهت است که حتی در موردی‌که وکالت مقید است ولی صراحت کامل ندارد ، قانون گذار نخواسته است که وکیل‌بتواند ازعدم صراحت عبارات استفاده نموده واقدام بعملی نماید که شاید منظور نظر موکل نبوده است ، چنانچه بموجب ماده ٦٦٤ نه‌وکیل در محاکمه وکیل درقبض است ونه وکیل در حق اخذ وکیل در مرافعه وهمچنین بموجب ماده ٦٦٥ وکالت در بیع متضمن وکالت در قبض ثمن نمیباشد ـ پس بموجب این دو ماده اگر کسی بدیگری وکالت دهد که درمحاکم عدلیه از طرف او محاکمه نماید چنین وکیل حق نخواهد داشت که پس از اثبات حق موکل ومحکومیت مدعی علیه محکوم به را هم قبض‌کند . و همچنین وکیلی که برای فروش خانه موکل وکالت دارد حق نخواهد داشت که پس ازعقد بیع ثمن مبیع راهم اخذ نماید مگر اینکه حق قبض محکوم‌به یاثمن در وکالت نامه وکیل تصریح شده باشد ویا اینکه قرائن موجوده دلالت کند بر اینکه مقصود موکل اخذ حق ویا قبض ثمن هم بوده است چنانکه این نکته درماده ٦٦٤ بجمله « مگر اینکه قرائن دلالت برآن نماید » ودرماده ٦٦٥ بعبارت « مگر اینکه قرینه قطعی دلالت بر آن‌کند » تصریح شده است .

۷۱۵ – از طرف دیگر اگر وکیل در صورت اطلاق عبارت وکالت حق ندارد که ازاین اطلاق سوء استفاده کرده و اقدام باموری نماید که صراحتاً داخل در وکالت نبوده و یا قرائن دخول آنرا ثابت نمیکند بر عکس وکیل حق دارد که نسبت بلوازم ومقدمات امری که موضوع وکالت است اقدام کند چه لازمه موفقیت در انجام هر امر تهیه مقدمات آن امر است چنانکه ماده ۶۷۱ مقرر میدارد که « وکالت درهر امر مستلزم وکالت در لوازم ومقدمات آن نیز هست مگر اینکه تصریح بعدم وکالت باشد »

پس نسبت بلوازم و مقدمات موضوع وکالت وکیل وقتی مسلوب الاختیار خواهد بود که عدم وکالت تصریح شده باشد .

مبحث دوم

در تعهدات وکیل

۷۱۶ – بطور کلی وکیل در مقابل موکل دو تعهد عمده دارد : اول انجام امری که موضوع وکالت است – دوم دادن حساب مدت وکالت :

۷۱۷ (الف) انجام امری که موضوع وکالت است – اگر چه در هیچیك از مواد قانون مدنی اشاره مستقیم باین امر نشده است ولی بدیهی است که لازمه عقدوکالت یعنی عهدی که بموجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود مینماید و طرف مزبور هم این نیابت را قبول میکند موجود شدن تعهد وکیل است برای انجام امری که موضوع وکالت بوده است وبعلاوه از مفاد ماده ۶۶۷ که بموجب آن«وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه که موکل بالصراحه باو اختیار داده یا برحسب قرائن وعرف و عادت داخل اختیار اوست تجاوز نکند» صریحاً استنباط میشود که وکیل نه فقط متعهد است که موضوع وکالت را انجام دهد بلکه ملزم است که در انجام وکالت خود مصلحت موکل را هم رعایت نماید .

پس انجام امری که موضوع وکالت بوده است باید درحدود اختیارات وکیل و با رعایت مصلحت موکل باشد بنابراین اگر وکیل از حدود اختیارات خود تجاوز نماید و یا مصلحت موکل را رعایت نکند وازاین حیث خسارتی متوجه موکل گردد وکیل مسئول آن خسارت خواهد بود چنانکه در این موضوع ماده ۶۶۶ مقرر میدارد که هر گاه از

تقصیر وکیل خسارتی بموکل متوجه شود که عرفاً وکیل مسبب آن محسوب میگرددیعنی اگر تقصیر وکیل نمیبود آن خسارت متوجه نمیگشت وکیل مسئول خواهد بود .

۷۱۸ - ممکن است برای انجام یك امر یك یا چند نفر وکیل معین شده باشد در این صورت وکالت وکلا یا بنحو استقلال ویا بنحو اجتماع خواهد بود - هر گاه وکالت وکلای متعدد برای انجام امر واحد بنحو اجتماع باشد هیچیك از آنها نمیتواند مطابق ماده ٦٦۹ بدون دخالت دیگری یا دیگران دخالت در آن امر بنماید و برعکس اگر وکالت آنها بنحو استقلال باشد ماده مزبوره مقرر میدارد که « در این صورت هر کدام میتواند به تنهائی آن امر را بجا آورد »

نه فقط هیچیك از وکلای متعدد که وکالت آنها بنحو اجتماع باشد اختیار ندارد که بدون دخالت دیگری یا دیگران بانجام امری که موضوع وکالت است اقدام نماید بلکه در این صورت بموجب ماده ٦٧٠ موت یکی از آن ها موجب بطلان وکالت دیگـران نیز میشود .

اگر چه مفاد مادهٔ مزبوره ناظر بموردی است که دونفر بنحو اجتماع وکیل باشند چنانکه در این مادهٔ مقرراست که هرگاه « دونفر بنحو اجتماع وکیل باشند بموت یکی از آنها وکالت دیگری باطل میشود » ولی بدیهی است که مقصود از ذکر دونفر منحصر نمودن حکم بهمین مورد بخصوص نبوده بلکه مقصود تعیین حداقل وکلاء متعدد بوده است و بنا براین در صورتیکه سه یا چهار نفر بنحو اجتماع وکیل باشند فوت هر یك از آنها موجب بطلان وکالت سایرین میشود و بهتر آن میشد که ماده ٦٧٠ بطریق ذیل انشاء شده باشد: « در صورتیکه دونفر یابیشتر بنحو اجتماع وکیل باشند بموت یکی از آنها وکالت دیگری یا دیگران باطل میشود »

در هر صورت حکم مندرج در ماده ٦٧٠ امری است طبیعی چه عقد وکالت از جمله عقودی است که باعتبار شخصیت طرفی که قبول وکالت مینماید منعقد میشود و انسان برای انجام هرامر بهرکسی وکالت نمیدهد بلکه موکل درانتخاب شخص معین برای وکالت از طرف خود اغراض خاصی را درنظر دارد که فقط ممکن است بوسیله شخص وکیل حاصل گردد . بنابر این اگر یکنفر متعمداً بدونفر وکالت داده ووکالت آنهارا هم باملاحظه منظورات خود بنحو اجتماع قرار داده باشد بدیهی است که موت یکی از آنها موجب عدم حصول

مقصود موکل و بالنتیجه باید موجب بطلان وکالت دیگری باشد ونظر بهمین استدلال است که باید حکم مادهٔ ٦٧٠ منحصر بموردی نباشد که دو نفر بنحو اجتماع وکیل باشند بلکه حکم مزبور باید در هر موردی اجرا شود که عدهٔ وکلای بنحو اجتماع بیش از یك نفر باشد .

۷۱۹ ـ همانطور که یکنفر میتواند بدیگری وکالت دهد که امر یا اموری را شخصاً و بنحو استقلال انجام دهد ، همانطور ممکن است که بوکیل اختیار دادهٔ شود که برای انجام موضوع وکالت اوهم بدیگری وکالت دهد ، دراین صورت میگویند که وکیل وکالت در توکیل هم دارد ـ وچون بطوریکه فوقاً مذکور شد عقد وکالت باعتبار شخص وکیل منعقد میشود لذا بموجب مادهٔ ٦٧٢ «وکیل در امری نمی تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد مگر اینکه صریحاً یا بدلالت قرائن وکیل در توکیل باشد .» و برای تضمین اجرای حکم این مادهٔ مادهٔ بعد مقرر میدارد که «اگروکیل که وکالت درتوکیل نداشته انجام امری راکه درآن‌وکالت دارد بشخص ثالثی واگذار کند هریك از وکیل و شخص ثالث در مقابل‌موکل نسبت‌بخسارتی‌که مسبب محسوب میشود مسئول خواهد بود » (مادهٔ ٦٧٣) اگر در مفاد این ماده درست دقت شود ملاحظه خواهد شد که هم رعایت ازحال موکل و هم رعایتی ازحال وکیل شدهٔ است :

رعایت ازحال موکل ازاین حیث است که‌قانون باوحق میدهد برای‌جبران خسارت‌خود بکسی مراجعه نماید که با او طرف معامله نبودهٔ است یعنی بشخص ثالث در صورتی که شخص مزبورمسبب خسارات واردهٔ براو محسوب گردد . ورعایت حال وکیل ازاین حیث‌است که قانون در مورد بخصوصی از موکل حق مراجعه بوکیل را که طرف مستقیم عقد بودهٔ است ساب مینماید ، وآن در موردی است که وکیل با رعایت مصلحت موکل و عدم ارتکاب هیچگونه تفریط یا تعدی انجام امری را که موضوع وکالت بودهٔ است بشخص ثالثی واگذار نمودهٔ باشد ، بعبارت‌اخری موردی که وکیل را نتوان بهیچوجه مسبب خسارات واردهٔ برموکل محسوب نمود .

۷۲۰ - (ب) دادن حساب مدت وکالت ـ بموجب مادهٔ ٦٦٨ «وکیل باید حساب مدت وکالت خود را بموکل بدهد وآنچه را که بجای او دریافت کردهٔ است باورد کند» بدیهی است که چون وکیل آنچه را که در زمان وکالت و بعنوان وکالت انجام دادهٔ است

به نیابت ازطرف موکل بوده ، باید حساب آنرا بموکل بدهد ، و آنچه را که باین عنوان دریافت کرده است باید بموکل رد نماید بنا بر این اگر کسی بتصور آنکه مدیون موکل است بوکیل او ،که وکالت در وصول مطالبات اورا دارد مالی بدهد ، وکیل مزبور باید آن مال را هم بموکل خود رد نماید . زیرا که آنرا بنیابت از طرف موکل اخذ کرده است منتهای مراتب اگر وکیل بعدم استحقاق موکل خود عالم باشد میتواند از اخذ موضوع دین خود داری کند .

مبحث سوم

در تعهدات موکل

۷۲۱ — در مقابل وکیل موکل سه تعهد عمده ذیل را دارد : اول انجام کلیه تعهداتی که وکیل در حدود وکالت خود کرده است ـ دوم تأدیه تمام مخارجی که وکیل برای انجام وکالت خود کرده است ـ سوم تأدیه اجرت وکیل در صورتی که وکالت مجانی نباشد ،

۷۲۲ ـ (الف) انجام کلیه تعهداتی که وکیل در حدود وکالت خود کرده‌است در مورد این تعهدموکل قسمت اول ماده ۶۷۴ مقررمیدارد که « موکل باید تمام تعهداتی را که وکیل در حدود وکالت خود کرده است انجام دهد.» واین حکم نتیجه حتمی‌نیابتی است که وکیل ازطرف موکل‌دارد ، چه درحقیقت تعهدات مزبورد را خود موکل بعهده گرفته و بنا بر این باید خود اوهم انجام‌دهد . وچون نیابت وکیل از طرف موکل در حدودوکالت میباشد ، لذابموجب قسمت دوم ماده مزبوره « در مورد آنچه که خارج از حدود وکالت انجام داده شده است موکل هیچگونه تعهد نخواهد داشت » ولی بدیهی است همان قسم که هر کس میتواند اعمال فضولی دیگری را نسبت بخود اجازه وتنفیذ کند موکل هم میتواند اعمال خارج از حدود وکالت وکیل را که عمل فضولی محسوب میشود صراحتاً یاضمناً اجازه کند وهمین نکته در آخر قسمت دوم ماده ۶۷۴ بطریق ذیل بیان شده است : مگر اینکه موکل « اعمال فضولی وکیل راصراحتاً یا ضمناً اجازه کند . »

اجازه ضمنی از اعمالی استنباط میشود که از طرف موکل صادر شده و مفید رضایت‌او بامری باشد که وکیل درخارج از حدود وکالت انجام داده است ، و بدیهی است تشخیص

اینکه عمل صادر از طرف موکل مفید این معنی هست یا نه امر نظری بوده و باید در حین تنازع حاکم قضیه آنرا بنظر خود تشخیص دهد .
اجازه موکل اعم از اینکه صریح باشد یا ضمنی از روزی مؤثر است که وکیل عمل فضولی را بجا آورده است بعبارت اخری بطوری که در ماده ۲۵۸ مقرر است اجازه از روز عقد مؤثر خواهد بود و نه از تاریخ اجازه .
پس اگر موکل معاملاتی را که وکیل در خارج از حدود وکالت خود نموده است اجازه نکرد ، در مقابل طرف معامله هیچگونه تعهدی نخواهد داشت ، و حال باید دید که در این مورد خود وکیل عهده دار انجام آن تعهدات خواهد بود یانه ؟ بدیهی است که اگر طرف معامله عالم بوده است که وکیل در خارج از حدود وکالت خود اقدام میکند و نفوذ معامله متوقف بر اجازه موکل است ، وکیل هیچ قسم تعهد و مسئولیتی در مقابل او نخواهد داشت مگر اینکه تحصیل اجازه را ملتزم شده باشد . و برعکس اگر طرف معامله بوکالت وکیل عالم نبوده وبخیال اینکه وکیل بحساب خود معامله میکند با او طرف شده باشد ویا اینکه وکیل اورا مغرور نموده وادعای داشتن وکالت کرده باشد ، مسلم است که در مقابل او مسئول انجام تعهدات خواهد بود .

۷۲۳ ـ (ب) تأدیه مخارجی که وکیل برای انجام وکالت خود کرده است ـ موکل باید طوری نماید که بوکیل از بابت اقداماتی که به نیابت از طرف او نموده است ضرری متوجه نشود وبهمین جهت است که ماده ۶۷۵ مقرر میدارد « موکل باید تمام مخارجی راکه وکیل برای انجام وکالت خود نموده است ...... بدهد » ولی بدیهی است که اگر در عقد وکالت غیر این ترتیب مقرر شده باشد باید موافق ترتیب مقرر بین طرفین رفتار شود .

۷۲۴ ـ (ج) تأدیه حق الوکاله .. موکل وقتی ملزم بتأدیه حق الوکاله است که وکالت مجانی نباشد وهمانطور که ماده ۶۷۵ اورا ملزم بتأدیه مخارج کرده عهده دار تأدیه حق الوکاله هم نموده است و بعلاوه راجع بمیزان حق الوکاله ماده ۶۷۶ مقرر میدارد که «حق الوکاله وکیل تابع قرار داد بین طرفین خواهد بود و اگر نسبت بحق الوکاله یا مقدار آن قرار دادنباشد تابع عرف و عادت است ـ اگر عادت مسلمی نباشد وکیل مستحق اجرت المثل است .»
پس بموجب این ماده میزان حق الوکاله ممکن است بسه قسم معین شود : اول بموجب قرار داد بین طرفین ـ دوم بموجب عادت وعرف اگر قرار داد نباشد و سوم بتشخیص

اهل خبره در صورتی که نه قرار داد ونه عادت مسلم موجود باشد .

در موضوع مخارجی که وکیل برای انجام وکالت خود کرده است و همچنین نسبت بحق الوکاله وکیل ممکن است اشکال ذیل پیش آید و آن عبارتست از اینکه اگر وکیل بانجام امری که موضوع وکالت بوده است موفق نشد آیا مستحق مخارج و حق الوکاله خواهد بود یا نه .

بدیهی است که اگر تأدیه مخارج و یا حق الوکاله صراحتاً یا ضمناً بشرط موفقیت وکیل در انجام موضوع وکالت تعهد شده باشد وکیل حق نخواهد داشت که در صورت عدم موفقیت آنرا مطالبه کند ، ولی اگر در این موضوع تصریحی نشده باشد آیا وکیل خواهد توانست آنرا مطالبه نماید یا خیر ؟

چون قبول شدن عقد وکالت از طرف وکیل بهیچوجه او را متعهد نمینماید که حتماً در امری که موضوع وکالت است موفقیت حاصل کند بلکه فقط او راملتزم مینماید بر اینکه نسبت بانجام امر مزبور در حدود امکان و همانطوریکه اگر آن امر را میخواست برای خود انجام دهد جدیت نماید ، لذا اگر وکیل با جدیت لازمه موفقیت حاصل نکند او را نمیتوان از حق مطالبه مخارج و حق الوکاله محروم داشت ، واز طرف دیگر اگر عدم موفقیت منتسب بعمل خود وکیل باشد بدیهی است که نباید حق مطالبه مخارج و اجرت را داشته باشد .

مبحث چهارم

در طرق مختلفه انقضاء وکالت

۷۲۵ ـ مطابق ماده ۶۷۸ « وکالت بطریق ذیل مرتفع میشود .

۱ ـ بعزل موکل

۲ ـ باستعفای وکیل

۳ ـ بموت یا به جنون وکیل یا موکل »

بطوریکه در ضمن شرح موارد فوق ملاحظه خواهیم نمود موارد بر طرف شدن وکالت منحصر بموارد مزبوره نبوده بلکه علل دیگری برای انقضاء وکالت موجود میباشد ـ در هر حال اینک موارد انقضای وکالت یك یك ذیلا شرح داده میشود :

۷۲۶ - (الف) عزل موکل - چون عقد وکالت عقدی است جایز لذا هریك از طرفین حق دارد که آنرا هر وقت بخواهد فسخ نماید و موکلی که وکیل خود را از وکالت معزول مینماید همان حق فسخ خود را بموقع اجرا میگذارد ولی هر گاه وکالت وکیل و یا عدم عزل او در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد بدیهی است که شرط هم لازم و موکل نخواهد توانست که وکیل خود را معزول کند .

مطالب فوق بموجب مادهٔ ۶۷۹ بطریق ذیل مقرر شده است : « موکل میتواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل و یا عدم عزل درضمن عقد لازمی شرط شده باشد . » و این ترتیب یعنی وکالت در ضمن عقد لازم و یا شرط اسقاط حق عزل در ضمن چنین عقد وقتی غالباً اتفاق میافتد که عقد وکالت بنفع وکیل منعقد شده باشد و نه بنفع موکل ، مثلا وکالتی که شوهر در ضمن عقد نکاح بزن خودمیدهد که در صورت تعدد زوجات یا در هر مورد معین دیگری خود را مطلقه سازد وکالتی است که بنفع زن داده میشود و همچنین وکالتی که معمولا در معاملات بیع شرطی مشتری ببایع میدهد که در صورت رد مثل ثمن مبیع را مجدداً بخود منتقل نمایدو کالتی است که از طرف مشتری ببایع ولی بنفع بایع منعقد میشود .

اگر چه در غیر موارد تعهد بوجه ملزم موکل حق دارد وکیل را معزول کند ولی بدیهی است که باید وکیل خود را از عزل مطلع سازد ، چه در غیر این صورت وکیل ممکن است باعتبار بقای وکالت انجام اموری را که موضوع وکالت بوده است تعقیب نماید، و برای تضمین همین مطلب است که مادهٔ ۶۸۰ مقرر داشته « تمام اموریکه وکیل قبل از رسیدن خبر عزل باودرحدود وکالت خود بنماید نسبت بموکل نافذ است . » پس بموجب این ماده نه فقط موکل باید وکیل را از عزل مسبوق کند بلکه خبر عزل هم باید به اطلاع وکیل برسد و موکل نمیتواند مادام که خبر عزل به وکیل نرسیده است اقدامات او را که در حدود وکالت بعمل آورده است از خود نفی نماید چه ، مطابق صریح مادهٔ مزبوره این اقدامات در بارهٔ موکل نافذ خواهد بود ، و اگر غیر این ترتیب میشد ، یعنی بمحض اینکه موکل وکیل را معزول مینمود وکالت نیز مرتفع میگشت اگر چه هنوز خبر عزل به وکیل نرسیده باشد ، از اغفال اشخاص ثالث جلوگیری نمیشد ، و موکل میتوانست باعتبار اقتضاء منافع خود ، عزل وکیل را مستور داشته و اقدامات او را برای خود قبول

کند و یا ادعای عزل کرده و از تعهداتی که وکیل در حدود وکالت خود نموده است تبری جوید .

حال باید دید که اگر موکل وکیل را معزول نمود و اورا از این خبر مسبوق کرد و خبر عزل هم به اطلاع وکیل رسید و معذلك وکیل بادعای بقای وکالت با شخص ثالثی به نیابت از طرف موکل خود معامله نمود این شخص در صورت عدم اجراء تعهدات حاصله از این معامله حق مراجعه بموکل خواهد داشت یانه ؟

شاید در بادی امر چنین بنظر آید که چون شخص ثالث از عزل وکیل مسبوق نبوده ، و با او فقط باعتبار موکل او طرف معامله شده است باید حق رجوع به موکل داشته باشد چنانکه در بعضی از قوانین اروپا که از آنجمله قانون فرانسه است دراین صورت بشخص ثالثی که از عزل وکیل بی خبر بوده است حق رجوع بموکل داده میشود، منتهای مراتب موکل هم میتواند بنوبه خود بوکیل معزول رجوع کند ولی اگر دقت شود ملاحظه خواهد شد که قبول این ترتیب برخلاف منطق است چه اولا موکل اقداماتی را که قانوناً مکلف بر آن بوده و عبارتست از رسانیدن خبر عزل باطلاع وکیل بعمل آورده است و بنا بر این هیچ تقصیر یا قصوری را نمیتوان باو نسبت داد ، تا بالنتیجه او را بتوان مسؤل نمود. ثانیاً اگر در بعضی موارد موکل میداند که وکیل با کدام شخص معینی طرف معامله خواهد شد تا اورا از خبر عزل مسبوق سازد ، در موارد عدیده . دیگر موکل بهیچوجه شخصی را که وکیل برای انجام وکالت خود با او طرف معامله خواهد شد نمیشناسد ، و در این صورت چگونه میتوان وکیل را مکلف نمود که خبر عزل را باطلاع طرف معامله هم برساند . معذالك چون غالباً معزول شدن وکیل در نتیجه سلب اعتماد موکل از وکیل و یا در نتیجه سلب احتیاج بانجام موضوع وکالت واقع میشود. لذا اگر موکل شخصی را که با وکیل طرف معامله خواهد شد قبلا بشناسد اورا از خبر عزل مسبوق می نماید تا وکیل اقدامی که مخالف منافع موکل باشد بعمل نیاورد .

نظر بمراتب فوق برای شخص ثالث نمیتوان حق مراجعه بموکل را قائل گردید.

۷۲۷ ــ معزولی وکیل ممکن است صریح باشد یا ضمنی وکامل باشد یا ناقص . در قانون مدنی شقوق مزبوره صراحتاً ذکر نشده است ولی از مفاد ماده ۶۸۳ که بموجب آن هر گاه متعلق وکالت ازبین برود یا موکل عملی را که مورد وکالت است خود انجام دهد

یا بطور کلی عملی که منافی با وکالت وکیل باشد بجا آورد مثل اینکه مالیرا که برای فروش آن وکالت داده بوده خود بفروشدوکالت منفسخ میشود » میتوان استنباط نمودکه موارد مذکوره در این ماده بغیر از مورد اول موارد عزل فعلی است که مابعزل ضمنی تعبیر میکنیم منتهای مراتب در ماده مزبوره قید شده است که دراین موارد عقد وکالت منفسخ میشود و حال آنکه موارد مزبوره را نمیتوان از موارد انفساخ محسوب نمود چه انفساخ بطوریکه از صیغه فعل آنهم معلوم میگردد بدون مدخلیت و اراده متعاملین واقع مشود مثل اینکه متعلق وکالت از بین برود و استعمال لغت منفسخ در این ماده باعتبار همین از بین رفتن متعلق وکالت است که در اول ماده قید شده است.

پس اگر موکل عملی را که مورد وکالت استخود انجام دهد یابطور کلی عملی که منافی با وکالت وکیل باشدبجا آورد وکیل معزول میشود و یابعبارة اخری عقدوکالت فسخ میگردد . ولی چون ممکن است که موکل فقط یك قسمت از مورد وکالترا خود انجام دهد مثل اینکه کسی بدیگری وکالت داده باشد که برای او یك درشکه و یکجفت اسب بخرد و بعد خود موکل درشکه را خریداری کند در اینصورت عزل ناقص است یعنی فقط مربوط بخرید درشکه است ووکالت وکیل نسبت‌بخریدن یك‌جفت اسب بحال‌خود باقی خواهد بود .

۷۲۸ - (ب) - استعفای وکیل - همانطوریکه‌درنتیجه جایز بودن‌عقد وکالت‌موکل میتواند با عزل وکیل آنرافسخ نماید همانطورهم وکیل میتواند بااستعفای از وکالت عقدرا فسخ کند و در حقیقت استعفای از وکالت همان استفاده از حق‌فسخ است :

استعفای وکیل شاید بر خلاف مصلحت موکل واقع شود و انجام اموریکه مورد وکالت بوده است بعهده تأخیر افتد ، برای جلوگیری از این‌احتمال استکه ماده ۶۸۱ به وکیل مستعفی حق میدهد مادامکه موکل باذن خود باقی اسب درآنچه که وکالت داشته اقدام کند . پس وکیل مستعفی میتواند مادامکه موکل از خبر استعفای او مستحضر نشده است و یا مستحضر شدهولی در عدم قبول آن اصرار دارد بهانجام امری که موردوکالت بوده است اقدام کند .

۷۲۹ - (ج) - موت وکیل یا موکل - چون عقد وکالت‌از عقود جایزه‌است لذا مطابق حکم کلی بموت احدطرفین منفسخ میشود و بعلاوه عقد وکالت از جمله عقودی

است که در انعقاد آن شخصیت وکیل در تمام موارد و شخصیت متعاملین در بعضی اوقات مدخلیت تام دارد زیرا که تا یکنفر بدیگری اعتماد کامل نداشته باشد او را برای انجام امری نایب مناب خود قرار نمیدهد و تا یکنفر بحفظ منافع دیگری علاقه مند نباشد مخصوصاً در اموری که وکالت مجانی است نیابت او را قبول نمی کند پس طبیعی است که عقد وکالت باید به موت احد طرفین از بین برود حتی در صورتی که این عقد عقد لازمی هم می بود .

۷۳۰ (د) ـ جنون وکیل یا موکل ـ چون عقد وکالت عقدی است جایز لذا جنون وکیل یا موکل مطلقا باعث انفساخ این عقد میشود .

۷۳۱ (ه) محجوریت وکیل یا موکل ـ بموجب مادهٔ ۶۸۲ محجوریت در هر موردی موجب بر طرف شدن وکالت نمیشود چه مادهٔ مزبوره مقرر میدارد که «محجوریت موکل موجب بطلان وکالت میشود مگر در اموریکه حجر مانع از توکیل در آنها نمیباشد وهمچنین است محجوریت وکیل مگر در اموریکه حجر مانع از اقدام در آن نباشد . » پس نظر به این مادهٔ اگر کسی بعنوان فلس محجور و ممنوع از تصرف در اموال وحقوق مالی خود باشد این حجر بهیچوجه مانع نخواهد بود از اینکه وکالت محجور برای اداره کردن مال غیر یا برای انجام امر معینی بنام او باقی بماند ، ولی برعکس اگر موکل بعنوان فلس محجور شود وکالتیکه قبل از حجر بدیگری در امور مالی خود داده بوده است از بین می رود .

۷۳۲ (و) ـ انقضای مدت وکالت در صورتیکه وکالت محدود بمدت باشد ـ در این صورت بدیهی است که تعیین مدت برای وکالت این عقد را لازم نکرده و موکل یا وکیل میتواند آنرا قبل از موعد بهم بزند ولی اگر تا انقضاء موعد عقد وکالت فسخ نشده باشد بمحض انقضاء از بین میرود چه موکل دیگر در اجازهٔ خود باقی نمیباشد .

۷۳۳ (ز) از بین رفتن متعلق وکالت ـ این مورد از موارد انقضای وکالت در ضمن مادهٔ ۶۸۳ که بموجب آن « هرگاه متعلق وکالت از بین برود ... وکالت منفسخ میشود » تصریح شده است و بدیهی است وقتیکه موضوع منتفی شد دیگر برای بقاء وکالت موجبی نمیباشد و وکالت هم باید مرتفع گردد .

مبحث پنجم
در وکیل مخفی

۷۳۴ ــ وکیل مخفی کسیست که در نتیجه‌تبانی و یا توافق با موکل سمت‌وکالت خود را در مقابل اشخاص ثالث مخفی داشته و بجای اینکه با آنها بعنوان نیابت از طرف موکل معامله نماید مستقیماً باسم خود معامله میکند ، واین ترتیب غالباً در مواردی پیش می آید که منافع موکل مقتضی اختفاء سمت خود باشد ، مثلا اگر کسی بخانه همجوار خانه خود فوق العاده احتیاج داشته باشد و احتمال بدهد که اگر مستقیماً و بنام خود بخواهد آنرا ابتیاع کندمالك از موقعیت استفاده کرده و قیمت زیادی مطالبه خواهد کرد در اینصورت مخفیانه بدیگری وکالت میدهد و باوکیل خودتبانی مینماید براین که وکیل وکالت خود را مخفی داشته و معامله را بنام خود انجام دهد ، حال باید دید که اثرات چنین قرار داد چه خواهد بود .

اگر چه در قانون مدنی بهیچوجه از وکالت مخفی صحبتی نشده است ولی بدیهی است که روابط بین وکیل و موکل مطیع قواعد راجعه بعقد وکالت بوده و بین آنهاهمان حقوق و تعهداتی ایجاد میگردد که از عقد وکالت معمولی حاصل میشود بعبارة آخری بین موردی که وکیل سمت خود را مخفی دارد و یااعلان کند فرقی نخواهد بود ــ بر عکس در روابط بین وکیل و اشخاص ثالث وکیل شخصاً دارای حقوق و عهده دار تعهداتی‌خواهد بود که از معامله او با شخص ثالث ناشی میگردد وبنابر این نه وکیل و نه شخص‌ثالثی که طرف معامله بوده است نمیتواند برای احتراز از تعهدات خود بسمت وکالت وکیل مخفی استناد کند چه مطابق ماده ۲۳۱ « معاملات و عقود فقط در باره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است » پس اگر در مثل مذکور فوق وکیل خانه همسایه موکل را بنام خود ابتیاع کند و ثمن را نپردازد بایع حق نخواهد داشت که برای‌مطالبه ثمن بموکل رجوع کند حتی در صورتیکه وکیل بعد از معامله باهمسایه مبیع را بموکل خود انتقال داده باشد ، و همچنین اگر مبیع بعد از انتقال بموکل ، مستحق للغیر در آید موکل حق نخواهد داشت بمالك اول رجوع کند بلکه باید ولو صورتاً برعلیه وکیل سابق خود که در مقابل او سمت بایع را دارد اقامه دعوی کند تا او هم بایع اولی را بعنوان شخص ثالث وارد دعوی نماید

مختصراً آنکه در مورد وکالت مخفی وکیل و موکل برای خود دو موقعیت و دووضعیت حقوقی ایجاد کرده‌اند ، که یکی حقیقی ولی مجهول نزددیگران بوده و در روابط بین‌خودآنها فقط حکومت خواهد کرد ودیگری صوری ولی معلوم در نزد دیگران وحاکم درروابط آنها بااشخاص ثالث خواهد بود .

فصل چهاردهم

درضمان عقدی

مبحث اول

در مقدمه

۷۳۵ ـ قبل از بحث در موضوع این فصل مقتضی است که بطور مقدمه در وثایق شخصیه و عینیه بطور کلی توضیحاتی داده شود : وضعیت عادی دائنین در مقابل مدیون‌خودعبارت است ازاینکه بطور کلی دارائی مدیون یك نوع وثیقه ایست برای تادیه طلب داین ، باین معنی که هرگاه مدیون دین خود را نپردازد داین حق دارد که‌بطرق قانونیه متوسل شده و دارائی مدیون را توقیف وبمعرض فروش درآورد تاطلب خودرا وصول کند ، و این حق دائن نه فقط شامل اموالی میشود که مدیون در حین موجود شدن دین دارا بوده است بلکه شامل اموالی نیز میگردد که مدیون پس ازآن تحصیل کرده باشد . واست. است که وثیقه بودن اموال مدیون‌بطور کلی برای تأدیه دین خود ، بهیچوجه درضمن عقدی بین دائن عادی و مدیون اومقرر نشده است ، ولی این امر بدیهی است که اگر یکنفر قبول نمیکند که از دیگری طلبکار باشد فقط باعتبار دارائی اواست و بندرت اتفاق‌میافتد که یکنفر با علم باینکه طرف مقابل هیچ وسیله اداء دین خود را ندارد معذلك باوقرض بدهد ، ودر حقیقت در نتیجهٔ همین فکر است که قانون اصول محاکمات حقوقی بمحکوم له حق میدهد کـه محکوم به را ازهر دارائی محکوم علیه ممتنع که‌عین آن متعلق حق‌غیر نباشد وصول کند .

وثیقه بودن اموال مدیون بطور کلی برای اداء طلب دائنین او ، در صورتی هم که بشود وثیقه اش نامید ، تضمین غیر کافی‌است ، زیرا که مدیون میتواند از حقوقی که‌برای

استرداد اموال خود از دیگران دارد صرف نظر کند ، ویا در استفاده از آنها اهمال ورزد و بدین طریق از دارائی خود بکاهد . راست است که قانون گذار بوسائل مختلفه خواسته است که از این خطر جلوگیری کند لیکن تصور نمیرود که بمقصود خود نائل شده باشد . مثلا بموجب مادهٔ ٦٥ قانون مدنی صحت وقفی که بعلت اضرار دیان واقع شده باشد منوط باجازه دیان است و همچنین بموجب ماده ۲۱۸ قانون مزبور « هرگاه معلوم شود که معامله بقصد فرار از دین واقع شده آنمعامله نافذ نیست . » وبالاخره موافق مادهٔ ٤ قانون ۲۱ بهمن ماه ۱۳۰٦ راجع بمرور زمان « طلبکاران وضامن مدعی علیه میتوانند در صورتیکه عدم استناد مدعی علیه بمرور زمان موجب ضرر آنها باشد وارد دعوی شده بمرور زمان استناد نمایند . »

اگر بطرقی که قانون خواسته است بموجب مواد فوق برای حفظ حقوق دائنین اتخاذ کند ، بدقت مراجعه شود ، معلوم خواهد شد که این تضمینات برای حفظ حقوق دائنین کافی نمیباشد . چه از یکطرف ماده ٦٥ ناظر بمورد وقف بخصوص است و برفرض اینکه دردست دائن اسلحه موثری هم باشد شامل سایر معاملات نخواهد بود — راست است که مادهٔ ۲۱۸ منحصر بمعامله بخصوص نبوده بلکه شامل تمام معاملاتی است که یکنفر میتواند انجام دهد ولی از کجا معلوم که داین بمحض وقوع معامله از آن مسبوق و موفق خواهد شد که قصد فرار از دین مدیون خود را ثابت نماید ، واگر این قصد واقعاً موجود باشد غالباً بعد از ثبوت آنهم داین مواجه خواهد شد با مدیونی که عوض معامله ، و یا با طرفی که مورد معامله را تلف یا لااقل مخفی کرده اند ، وداین از اقدامات خود برای اثبات بطلان معامله شاید جز تحمل مخارج محاکمه نتیجه دیگری نخواهد برد . چه غالباً کسیکه برای فرار از دین معامله میکند وسایل عدم موفقیت دائن خود را هم تهیه می کند . وبعلاوه ممکن است مدیون هیچ معامله اضراری و بقصد فرار ازدین نکرده بلکه برای ازدیاد ثروت و تحصیل امکان تأدیه دیون خود معاملات واقعی و ازروی حسن نیت کرده باشد ، ولی در نتیجه سوء خط یا سوء اداره ، اموال خود را تلف کند . وچون وثیقه بودن اموال بطور کلی بدائنین او حق عینی نمیدهد لذا آنها نخواهند توانست عین مال را ازدست هرکس باشد تعقیب کرده وآنرا ازید متصرف منتزع کنند .

برای احتراز از این معایب طلبکاران میتوانند علاوه بر وثیقه کلی که فوقاً مذکور

شد وثیقه خاصی از مدیون خود بخواهند ووثایق خاصه بر دو قسم است وثیقه شخصی و وثیقه عینی .

وثیقه شخصی بسه طریق حاصل میشود : که یکی از آنها وثیقه حقیقی و دوقسم دیگر تا اندازهٔ ممکن است وثیقه محسوب شود . وثیقه شخصی حقیقی عبارت است از وثیقهٔ که در اثرضمان عقدی حاصل می شود و دوقسم دیگر عبارتاست از وثیقهٔ که ممکناست در اثر عقد حواله ویا کفالت حاصل گردد و بالاخره وثیقه عینی فقط بوسیله رهن حاصل می گردد .

وثایق سه قسم اول را وثیقه شخصی مینامیم بعلت اینکه اساس آن مبتنی است بر روی اعتماد شخص بدیگری . مثلا تا طلبکار اعتماد کاملی باعتبار و بصحت قول ضامن یا کفیل نداشته باشد ضمانت یا کفالت اورا قبول نمیکند و همچنین اگر اعتماد باعتبار وملائت محال علیه نداشته باشد حوالهٔ را که مدیون باو میکند قبول نمینماید .

وثیقه چهارم یعنی رهن را وثیقه عینی مینامیم بعلت اینکه متعلق حق دائن عین معین می باشد .

وثایق شخصیه هم بنوبه خود برای حفظ حقوق دائن وثیقه کافی نمیباشد . چه بطوریکه بعدها گفته خواهد شد مگر نه نتیجه ضمان عقدی این است که ذمه مدیون اصلی بری و فقط ذمه ضامن د. مقابل داین مشغول میشود ، و بدیهی است که حتی در صورتیکه ضمان عقدی ضم ذمه بذمه میبود و نه نقل ذمه بذمه ، خطراتی که برای داین در مقابل مدیون اصلی موجود بود در مقابل ضامن هم موجود است . چه ضامن نیز میتواند مثل مدیون اصلی معاملاتی بقصد اضرار داین خود بنماید ویا در نتیجه سوء اداره اموال خود را تلف کند ، و برای احتراز از این خطر است که وثیقه عینی یعنی عقد رهن ایجاد گشته و بموجب آن یك عین بخصوص متعلق حق دائن میگردد بنحویکه دائن نسبت بان هم حق تعقیب و هم حق رجحان پیدا میکند .

حق تعقیب باین معنی که دائن میتواند متعلق حق خود را در دست هر کس پیدا کند تعقیب کرده و از ید او منتزع نماید ، وحق رجحان باین معنی که دائن برای وصول طلب خود از ثمن عین مرهونه بهر طلبکار دیگری مرجح خواهد بود . و در نتیجه همین مزایای قانونی است که طلب داین کاملا تضمین شده وبه مشارالیه بیم آن را دارد که با

ورود سایر طلبکاران متعلق حق او داخل در غرما شود ونه ترس آنرا که مدیون با انتقال بدیگری متعلق حق اورا ازبین ببرد . چه از احتمال اولی حق رجحان و از احتمال ثانوی حق تعقیب دائن جلوگیری مینماید .

شاید نظر بمراتب فوق بهتر آن میشد که کلیه وثایق شخصیه و عینیه در تحت یك عنوان ذکر شده باشد ولی نظر باهتمامی که برای رعایت فصول قانون مدنی داریم ازاین طریق صرف نظر کرده ومطالب راجعه بهریك از ضمان عقدی وحواله و کفالت و رهن را درضمن فصل مخصوص خود ذکر میکنیم .

مبحث دوم

در کلیات

۷۳۶ — مادهٔ ۶۸۴ عقد ضمان را بطریق ذیل تعریف میکند « عقد ضمان عبارتست از اینکه شخصی مالی را که برذمه دیگری است بعهده بگیرد . » وبعد مادهٔ مزبوره اضافه مینماید که در این عقد « متعهدرا ضامن طرف دیگر را مضمون‌له وشخص ثالث رامضمون عنه یا مدیون اصلی میگویند . »

از ملاحظه تعریف فوق فوراً معلوم میشود که قانون مدنی برخلاف آنچه که‌در حقوق اروپائی و نزد عامه معمول است عقد ضمان را نقل ذمه بذمه قرار داده است و نه ضم ذمه بذمه — توضیح آنکه مطابق حقوق اروپائی و فقه عامه عقد ضمان عبارتست از عقدی که بموجب آن شخص ثالثی تعهد مینماید که اگر مدیون دین خود را ادا نکرد او تأدیه نماید پس . موافق این ترتیب ذمه ضامن ضمیمه و وثیقه ذمه مدیون اصلی شده و در مقابل دائن دو نفر موجود است که به ترتیب مسئولیت تأدیه طلب اورا دارند منتهای مراتب داین حق‌ندارد‌که درآن واحد بهردو نفر رجوع نموده وطلب‌خود را از هردووصول کند چه در این صورت دو معادل حق خود را دریافت مینمود ، و مضمون له حق رجوع بضامن که مدیون تبعی است نخواهد داشت مگر در صورتیکه بمدیون اصلی مراجعه کرده و نتواند طلب خود را از او وصول کند . وبعلت همین موجود بودن دومسؤل وامکان مراجعه به ضامن پس از رجوع بمضمون عنه است ، که این قسم ضمان را ضم ذمه بذمه میگویند.

بعبارة اخری ذمه ضامن ضمیمه و وثیقه ذمه مدیون اصلی میشود

برعکس بموجب تعریف مذکور در مادهٔ ۶۸۴ و صریح ماده ۶۹۸ ـ که بموجب آن « بعد از اینکه ضمان بطور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن بمضمون له مشغول میشود » عقد ضمان ذمه مدیون اصلی را در مقابل مضمون له بری وذمه ضامن را نسبت باو مشغول مینماید بعبارة اخری مافي الذمه مدیون اصلی بذمه ضامن نقل میگردد و بهمین جهت است که در این قسم ضمان میگویند نقل ذمه بذمه میشود .

عقد ضمان که بموجب آن نقل ذمه بذمه میشود فوق العاده شبیه و بلکه عین همان عقدی است که قانون مدنی آلمان علاوه برعقد ضمان معمول به اروپا و در عرض آن عقد قبول و ایجاد کرده است و این عقد را عقد قبول دین میگویند چه مطابق آن شخص ثالثی تأدیه دینی را که بذمه دیگری است قبول مینماید و ذمه مدیون اصلی بری می شود .

۷۳۷ ـ کسانیکه عقد ضمان را ضم ذمه بذمه میدانند برای اثبات ادعای خود دو دلیل ذیل را اقامه میکنند :

اولا ـ آنها میگویند که در لغت ضمان حرف نون جزو اصل کلمه نبوده بلکه نون نون اضافی است واین لغت از ضمم مشتق است ونه از ضمن و بنابر این عقد ضمان ضم ذمه بذمه میباشد . بدیهی است که این استدلال بازی کردن در عالم الفاظ بوده و هیچ اعتبار منطقی نمیتوان بان قائل شد . و ثانیاً اظهار میدارند که در عقود ومعاملات مهمتر از هر چیزی که باید برای درك آثار آن منظور نظر واقع شود ، قصد طرفین است . چنانکه گفته اند العقود تابعة للقصود . پس باید دید درعقد ضمان قصد واقعی مضمون‌له وضامن چه بوده است :

مسلماً مضمون له میخواسته است که برای اطمینان از وصول شدن طلب خود وثیقه جدیدی ، بغیر از اعتبارات شخص مدیون اصلی ولی علاوه برآن اعتبارات ، تحصیل کند و اگر عقد ضمان مدیون اصلی را بری کند و فقط نتیجه این عقد نقل مافي‌الذمه او به ذمه ضامن باشد ، مخالف مطلوب مضمون‌له بوده ویا لااقل مطلوب او حاصل نخواهد شد ، چه با این حال بین وضعیت فعلی و وضعیت سابق او فرقی نخواهد بود . چنانکه قبل از ضمان هم دائن طلب عادی بی‌وثیقه داشت حالا هم طلب عادی بی تضمینی دارا خواهد بود بعبارة اخری اگر مدیون اصلی در مقابل مضمون له بری بشود ، دیگر نمیتوان گفت که

دائن برای وصول طلب خود وثیقه تحصیل کرده است . راست است که شاید شخص ضامن معتبر و ملی تر از مدیون اصلی باشد ، ولی با نبودن وثیقه عینی این اعتبار ارزش واقعی نخواهد داشت چه از کجا معلوم که تا موقع استحقاق مضمون له برای مطالبه طلب خود ضامن بحال ملائت فعلی باقی خواهد ماند . پس مقصود مضمون له آن بوده است که ذمه ضامن وثیقه ذمه مضمون عنه باشد و نه اینکه مافی الذمه مضمون عنه بذمه ضامن نقل شود . و همچنین بدیهی است که با قبول ضمانت مقصود ضامن نه این بوده است که خود مستقیماً مدیون مضمون له بوده و ذمه مضمون عنه در مقابل مشارالیه بری گردد . بلکه مقصود واقعی او این بوده است که برای مضمون عنه ایجاد اعتباری بنماید و خود مسئول تادیه دین او نشود مگر در صورتیکه او نتواند از عهده آن برآید چنانکه در عرف و عادت هم مضمون له مضمون عنه را در مقابل خود بری نمیداند .

نظر بمراتب فوق ادعای اینکه عقد ضمان نقل ذمه بذمه است یعنی مدیون اصلی را در مقابل مضمون له بری کرده و فقط ذمه ضامن در قبال او مشغول میشود هم مخالفت باغرض مضمون له و هم مخالفت بامنظور ضامن خواهد بود و حال آنکه بطوری که مذکور افتاد قصد طرفین ضم ذمه بذمه بوده است ونه نقل ذمه بذمه .

طرفداران عقیده مخالف میگویند که اولا لغت ضمان مشتق از ضمن است و نه از ضمم بعلت اینکه نه فقط حرف نون در تمام تصاریف آن موجود است بلکه بمعنی این است که آنچه در ذمه مدیون بود ضمن ذمه ضامن میگردد. اگرچه این دلیل محکمتر از دلیلی است که دیگران باشتقاق لغت ضمان از ضمم منتسب مینمایند ولی در هرصورت بازیکردن در سر الفاظ است چه ادعای اینکه ذمه مدیون اصلی ضمن ذمه ضامن میشود دلیل قاطعی بر برائت مدیون اصلی نمیتواند واقع گردد ثانیاً آنها اظهار میدارند که تصور وجود دو اشتغال ذمه و یا بعبارة اخری دو مدیون برای دین واحد تصور محال است و بنا براین در مقابل دائن یا باید ذمه مدیون اصلی مشغول باشد و یا ذمه ضامن و نه هر دو ذمه تواماً و بنا براین باقبول ضامن ذمه مضمون عنه بری میگردد .

پیروان عقیده ضم ذمه بذمه این دلیل اخیر را هم بطریق ذیل رد مینمایند : آنها میگویند که بر فرض محال بودن وجود دو مدیون در مقابل دین واحد ، درعقد ضمان این تصور مورد ندارد ، چه بیش از یك مدیون واقعی که همان مدیون اصلی است وجود

نداشته ، و مدیونی ضامن فقط احتمالی است ، یعنی ذمه او وثیقه دین مدیون اصلی بوده و خود ضامن مدیون نخواهد بود وداین حق رجوع باو نخواهدداشت مگر در صورتیکه مدیون واقعی دین خود را تادیه نکند . و همچنین کسانیکه میخواهند در آن‌واحد حق‌مراجعه بهریك از مدیون اصلی و ضامن را بمضمون له بدهند ، میگویند که وضعیت ضامن و مضمون عنه در مقابل مضمون له عین وضعیت دو نفر غاصب است که مال مغصوب در ید یکی از آنها تلف شده باشد در مقابل مالك ، همانطور که مالك بیش از یك طلب ندارد و برای این یك طلب بیش از یك مدیون نمیتوان تصور کرد ، ولی در عین حال مالك حق دارد که بهر یك از غاصبین که بخواهد رجوع کند و اگر بغاصبی رجوع نمود که مال در ید او تلف نشده است غاصب مزبور هم حق رجوع بغاصبی که مال در ید او تلف شده است خواهد داشت ، همانطورهم مضمون له حق دارد که بهریك ازمضمون عنه و ضامن که بخواهد رجوع نماید ، منتهای مراتب مضمون عنه مثل غاصبی است که مال‌در ید او تلف شده است و بنا براین اگرمضمون له بضامن رجوع کرد ضامن هم حق‌رجوع بمضمون عنه خواهد داشت پس اگر این ترتیب را در غصب میتوان قبول نمود برای رد آن در موضوع ضمان هیچ دلیل عقلی و منطقی موجود نمیباشد .

۷۳۸- درهرحال تعریف‌مندرج‌درماده ۶۸۴وصریح ماده۶۹۸عقد ضمان را نقل‌ذمه‌بذمه قرار داده و بموجب آن ذمه ضامن مشغول و ذمه مدیون اصلی در مقابل مضمون له‌بری میشود . و چون در هرصورت ضامن در مقابل داین متعهد میشودوباید دینی را که بعهده گرفته است تأدیه کند ، لذا لازم است که برای معامله اهلیت داشته باشد . چنانکه همین معنی بموجب ماده ۶۸۶ تصریح شده است و بنا بر این صغیر و مجنون نمی توانند ضامن گردند .

۷۳۹ - برعکس‌چون‌در انعقاد عقد ضمان ، مدیون اصلی‌مدخلیت ندارد و حتی‌موافق ماده ۶۸۵ رضای او هم شرط نیست لذا ممکن است از کسی ضمانت نمود که‌نه اهلیت برای تصرف در اموال خود و نه اهلیت برای معامله داشته باشد و حتی ممکن است‌ذمه کسی را بعهده گرفت که اصلا در قید حیات نمیباشد چنانکه ماده ۶۸۷ مقرر میدارد که **« ضامن شدن از محجور ومیت صحیح است » وحتی راجع برضای مضمون‌عنه ما دورتر از مفاد قانون رفته میگوئیم که ضمان برخلاف میل مضمون‌عنه‌هم صحیح‌خواهد بود منتهای مراتب**

عدم لزوم رضای مضمون عنه ویا راضی نبودن او بعقد ضمان مانع از انعقاد عقد نبوده و در روابط بین مضمون له و ضامن مؤثر نمیباشد لیکن بطوریکه بعدها گفته خواهد شد رضایا عدم رضای مضمون عنه در روابط بین او وضامن کاملا مؤثر است .

۷۴۰ ـ تعهدی که ضامن بموجب عقد ضمان بعهده میگیرد همیشه تعهد یك طرفی و تبعی است

تعهد مزبور تعهد یکطرفی است بعلت اینکه در قبال تعهد ضامن بتأدیه دین مضمون عنه ، مضمون له هیچ تعهدی بعهده نمیگیرد . و این تعهد تعهد تبعی است بعلت اینکه بتبع تعهد دیگری که قبلا مضمون عنه در مقابل مضمون له بعهده گرفته ودرنتیجه آن مدیون او شده است واقع میشود و همین معنی از مادهٔ ۶۹۱ مستفاد میشود چه بموجب مادهٔ مزبوره « ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است » پس برای صحت ضمان وجود تعهد قبلی ویالااقل وجود سبب تام آن لازم میباشد والا ضمان مورد نخواهد داشت .

نظر بمراتب فوق باید نتیجه ذیل که حتماً از تبعی بودن تعهد حاصل از عقدضمان ناشی میشود قبول کردد و آن این است که اگر دین اصلی بعلتی از علل نا مشروع و مخالف قانون باشد ضمان هم باطل وکان لم یکن خواهد بودمثلا امروز بموجب قانون خریدو فروش برده ممنوع است بنا بر این اگر کسی عبدی بخرد ودیگری در مقابل بایع ضامن ثمن او شود بایع حق رجوع بضامن نخواهد داشت چنانکه حق رجوع بمشتری هم نداشته زیرا که قانون انسانرا مال تلقی نکرده و احترام او از این حیث مورد ندارد .

بالاخره غالباً ضمانت کردن ضامن عملی است غیرمعوض و مقصود از غیر معوض بودن نه اینستکه ضامن تبرعاً ضمانت کرده و حق ندارد بعد از تأدیه طلب مضمون له به مدیون اصلی رجوع نماید بلکه مقصود اینست که غالباًضامن برای اقدام خود نه از دائن ونه ازمدیون اصلی مطالبه عوض و اجرتی نمیکند ولیچون ممنوع ازمطالبه هم نیست لذاممکن است از مدیون اصلی در مقابل ضمانتی که میکند ویا ازمضمون له در مقابل کمك ومساعدتیکه باومی نماید مطالبه عوض کند در اینصورت اقدام او معوض خواهد بود .

۷۴۱ ـ اگر در عقد ضمان اهلیت ضامن شرط صحت است برعکس ملائت او و اطلاع او از مقدار و اوصاف و شرایط دین و یا معرفت تفصیلی او بشخص مضمون له مضمون عنه شرط صحت عقد نمیباشد

نسبت بملائت ضامن ماده ۶۹۰ مقرر میدارد که « در ضمان شرط نیست ضامن مالدار باشد » ولی بدیهی است که این حکم بافرض علم مضمون له بعدم ملائت ضامن در حین ضمان است چه در این صورت مضمون له خود اقدام بضرر خود کرده و بهیچ وجه حق ندارد که از این اقدام مدیون اصلی را مسئول قرار داده و مجدداً باستناد عدم ملائت ضامن باو رجوع کند و برای موردی که مضمون له در وقت ضمان بعدم تمکن ضامن جاهل بوده است ماده ۶۹۰ اضافه میکند « لیکن اگر مضمون له در وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده باشد میتواند عقد ضمان را فسخ کند ولی اگر ضامن بعداز عقد غیر ملی شود مضمون له خیاری نخواهد داشت .»

دادن حق فسخ بمضمون له در صورت جهل او در وقت ضمان بعدم تمکن ضامن امری است طبیعی و منطقی ،لیکن در این مورد ممکن است اشکال ذیل پیش آید و آن عبارتست از اینکه عقد ضمان مضمون عنه را در مقابل مضمون‌له بری وذمه ضامن رامشغول کرده است پس بین مضمون عنه ومضمون له دیگر هیچ رابطه حقوقی موجود نمیباشد و مضمون له بهیچوجه‌حق ندارد از بابت طلبی که بوسیله‌ضمان بذمه‌ضامن نقل‌شده است بمضمون‌عنه رجوع کند و اگر مضمون‌له که در حین ضمان بعدم ملائت ضامن جاهل بوده بعد از علم به آن عقد ضمان را فسخ کند آیا این عمل موجب اشتغال ثانوی ذمه مضمون عنه شده و مضمون‌له حق خواهد داشت که مجدداً بمضمون عنه مراجعه کند یا نه ؟ شاید قائل شدن این حق رجوع مخالفت صریح با اصل نقل ذمه بذمه است که صراحتاً بموجب ماده ۶۹۸ ایجاد شده و مطابق آن همینکه عقد ضمان صحیحاً واقع شد ذمه مضمون عنه‌بری وذمه ضامن درمقابل مضمون له مشغول میشود چنانکه ماده ۶۹۰ هم که بمضمون له حق فسخ میدهد از حق رجوع او بمضمون عنه صحبتی بمیان نیاورده است ولی از طرف دیگر تقریباً مسلم است که نظر قانون امکان رجوع بمضمون عنه بوده ونه سلب این حق از مضمون‌له چه اگر غیر این میبود قانون بحکم ضرری حکومت داده و بی عدالتی بینی را تجویز میکرد و بعلاوه فسخ عقد باید لا اقل در این مورد اثر قهقرائی داشته و نتیجه آن عودت بحالت اول باشد و این ترتیب حق رجوع مضمون‌له را بمضمون عنه ایجاب مینماید .

در صورتیکه جهل مضمون‌له بعدم تمکن ضامن در حین ضمان نتیجه دسیسه آمیز مضمون عنه باشد بدیهی است که باید مضمون له حق رجوع بمضمون عنه را داشته باشد

ولو اینکه تعهد سابق مضمون عنه در نتیجه عقد ضمان بذمه ضامن منتقل شده و در فسخ عقد هم عود نکند چه مضمون عنه لا اقل از حیث اینکه مسبب ضرری است که از عدم ملائت ضامن بمضمون‌له متوجه میشود مسئول خواهد بود. لیکن اگر مضمون‌عنه را نتوان بهیچوجه مسبب این ضرر قرار داد در این صورت تکلیف مضمون‌له چه خواهد بود ؟ و آیا محکمهٔ که باید بین مضمون‌له و مضمون‌عنه قضاوت کند باصریح مادهٔ ۶۹۸ که بموجب آن « بعد از اینکه ضمان بطور صحیح واقع‌شد ذمه مضمون عنه‌بری و ذمه ضامن بمضمون‌له مشغول میشود » و باسکوت قانون در باب حق رجوع بمضمون عنه در صورت فسخ ضمان چگونه قضاوت عادلانه خواهد کرد ؟

برای حل این اشکال باید گفته شود که اولا اگر ملائت ضامن در حین ضمان و یا علم مضمون له بعدم ملائت او در وقت مزبور شرط صحت عقد ضمان نمیباشد باید لااقل شرط لزوم آن محسوب گردد بدین معنی که منظور مضمون‌له وضامن انتقال قطعی مافی الذمه مضمون‌عنه بذمه ضامن در صورتی بوده است که عقد ضمان لزوم پیدا کند واگر بعلت جهل مضمون‌له در حین ضمان بعدم ملائت ضامن این عقد نتوانسته است لزوم پیدا کند انتقال واقعی هم صورت نگرفته وبنا بر این مضمون‌له باید بعد از فسخ حق رجوع بمضمون عنه را داشته باشد ثانیاً اگر بعد از فسخ مضمون‌له حق رجوع بمدیون اصلی نداشته باشد بطوریکه قبلا هم مذکور شد بحکم ضرری حکومت داده میشود واین خود برخلاف اصل لاضرر و لاضرار است وبنا بر این باید در این موردبخصوص مخصوصاًبفسخ عقد ضمان اثر قهقرائی قائل شده و عودت بحال اول مقبول شود .

۷۴۲ - در مورد علم ضامن بمقدار و اوصاف وشرایط دین ماده ۶۹۴ مقرر می دارد که « علم ضامن بمقدار و اوصاف وشرایط دینی که ضمانت آنرا مینماید شرط نیست بنا بر این اگر کسی ضامن دین شخص شود بدون اینکه بداند آن دین چه مقدار است ضمان صحیح است .» پس بموجب این ماده در عقد ضمان بر خلاف عقد بیع مثلا که در آن اگر بایع و مشتری تفصیلا ویا لااقل در بعضی موارد اجمالا به ثمن و مثمن علم نداشته باشند عقد صحیح نخواهد بود ، علم ضامن بمقدار و اوصاف و شرایط دین شرط صحت نیست . و شاید در بادی امر این حکم حکم منطقی بنظر نیاید زیرا چگونه ممکن است گفته شود که ضامن تعهد پرداخت دینی را نموده است که نه

مقدار و نه اوصاف و نه شرایط آنرا میداند و آیا چنین تعهد تعهد سفهی نخواهد بود؟ لیکن اگر بطبیعت عقد ضمان دقت شود ملاحظه خواهد شد که این عقد تا اندازهٔ عقد ارفاقی است بعبارت اخری ضامن از نقطه نظر ارفاق بمضمون عنه ضمانت دین اورا مینماید و چون نظر نظر ارفاقی بوده و مقصود حصول برائت مدیون اصلی و یا ایجاد اعتبار برای مضمون عنه است دیگر جهل ضامن بمقدار و اوصاف و شرایط دین نباید شرط صحت عقد قرار داده شود. بعلاوه خود ضامن باید در این موضوع حکومت کند که آیا ازعهده ضمانتی که میکند میتواند برآید یانه و اگر ضمان در نتیجه عدم ملائت مضمون عنه ویا تجاوز دین مضمون از حدود توانائی مالی مضمون‌عنه بضرر ضامن تمام شود، خود اواقدام باین ضرر کرده و بردیگری مسؤلیتی نمیباشد. لیکن ازطرف دیگر نظر باینکه مطابق اصل کلی مورد تعهد باید مبهم نباشد یعنی متعهد باید لااقل اجمالا بداند که انجام کدام تعهدی را بعهده میگیرد، بنابراین ماده ٦٩٤ در ذیل خود اضافه مینماید که « لیکن ضمانت یکی از چند دین بنحو تردید باطل است.» زیرا که در این صورت اصلا متعهد نمیداند که چه تعهدی را بعهده گرفته است.

٧٤٣ — نسبت بمعرفت ضامن بشخص مضمون‌له و یا مضمون عنه ماده ٦٩٥ مقرر داشته است که در عقد ضمان « معرفت تفصیلی ضامن بشخص مضمون له یا مضمون عنه لازم نیست ».

چون بطوریکه مذکور شد عقد ضمان عقدی است که از طرف ضامن با نظر ارفاق بمضمون عنه واقع میشود لذا بدیهی است که درچنین عقد نباید لزوم معرفت‌تفصیلی ضامن بشخص مضمون له شرط صحت یا تحقق عقد قید شود لیکن شاید خود این نکته درظاهر لزوم معرفت‌تفصیلی ضامن را بشخص مضمون عنه ایجاب نماید، و البته معمولا همین ترتیب پیش آمده و هیچکس بدون معرفت تام بشخص مدیون دین اورا ضمانت نمیکند وبلکه همین معرفت تفصیلی است که اورا غالباً وادار بضمان مینماید، ولی چون نظر قانون‌تشویق بارفاق بوده و نخواسته است باقید لزوم علم تفصیلی بشخص مضمون عنه از اشخاص صواب کار که فقط از نقطه نظر نوع پرستی میخواهند یکنفر انسان را از قید سختی رهائی دهند و باین جهت ضمانت او را مینمایند جلوگیری کند، لذا معرفت تفصیلی ضامن بشخص

مضمون عنه هم شرط صحت قرار داده نشده است لیکن بدیهی است که معرفت اجمالی لازم میباشد .

۷۴۴ - حال باید دید چه دینی را میتوان ضمانت کرد در این مورد ماده ۶۹۶ مقرر میدارد که « هر دینی را ممکن است ضمانت نمود اگرچه شرط فسخی در آن موجود باشد . » پس برای اینکه ضمان صحیحاً واقع شود باید دینی موجود باشد منتهای مراتب این دین ممکن است برذمه مضمون عنه مستقرباشد مثل نفقه زوجه برای زمانگذشته، و یا متزلزل و در معرض بطلان باشد مثل ثمن مبیع در مدت خیار و بعد از قبض آن و بدیهی است که چون دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است دینی نیست که خواه بنحو استقرار و خواه بنحو تزلزل برذمه مدیون ثابت باشد لذا بطوریکه قبلاهم مذکورشد مطابق ماده ۶۹۱ « ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است » و برعکس همینکه سبب آن ایجاد شد ضمان دین صحیح خواهد بود اگرچه هنوز شرایط تادیه آن تحقق پیدا نکرده باشد ، مثلااگر در عقد جعاله خود عقد سبب تام تعهد محسوب گردد و یاعملی که انجام آن منظور بوده است شرط متأخر شناخته شود که بعد از حصول دین را از تاریخ عقد ثابت مینماید و نه از تاریخ حصول شرط ، ضمانت جعل صحیح خواهد بود ولو اینکه عملی که مورد عقد بوده است هنوز انجام داده نشده باشد . ولی برعکس اگر عقد جزو سبب شناخته شود ضمان جعل صحیح نخواهد بود مگر بعد از انجام عمل .

۷۴۵ - در مورد دینی که ممکن است مورد ضمان شود همانطور که ثبوت آن بذمه مضمون عنه بنحو استقرار و یا ثبوت آن بنحو تزلزل مانع از وقوع عقد نخواهد بود ، همانطور نیز مؤجل یا حال بودن دین در صحت ضمان موثر نمیباشد و میتوان دین ثابت را ضمانت نمود اعم از اینکه حال باشد یا مؤجل ، و حتی مطابق ماده ۶۹۲ لازم نیست که ضمان دین حال حال ، و ضمان دین مؤجل مؤجل باشد ، بلکه ممکن است برعکس ضمان دین حال مؤجل ، وضمان دین مؤجل حال باشد . چه ماده مزبوره مقرر میدارد که « در دین حال ممکن است ضامن برای تادیه آن اجلی معین کند و همچنین میتواند در دین مؤجل تعهد پرداخت فوری آن را بنماید . »

۷۴۶ - و نیز لازم نیست که دین مضمون عنه دین اصلی خود او باشد بلکه اگر این دین در نتیجه ضمان هم تولید شده باشد بعبارة اخری اگر دین دیگری هم

باشد که در نتیجه ضمان بذمه مضمون عنه منتقل شده است ضمانت از آن صحیح خواهد بود چنانکه ماده ۶۸۸ در این موضوع مقرر میدارد که « ممکن است از ضامن ضمانت کرد » .

۷۴۷ - بالاخره مطابق ماده ۶۹۷ « ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت بدرك مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغیر در آمدن آن جایز است » .

مقصود از ماده مزبور آنست که یکنفر میتواند در حین بیع واقع بین دونفر دیگر ضامن شود که اگر مبیع مستحق للغیر در آمد از عهده درك آن برآید . اگرچه ظاهراً این قسم ضمان مخالف باماده ۶۹۹ بوده و باید باطل محسوب شود ولی چون تعلیق تعلیق در نفس ضمان نبوده و بلکه تعلیق ضمان بشرایط صحت آن است لذا بموجب ماده ۷۰۰ که ذیلا مذکور خواهد شد صحیح میباشد . و در حقیقت ضامن عهده ملزم میشود که اگر برعهده بایع از بابت درك مبیع چیزی تعلق گرفت ضامن آن خواهد بود .

۷۴۸ - بطوریکه سابقاً هم گفته شد عقد ضمان ایجاد وثیقه‌شخصی کرده وخطر عدم و صول دینی را که ضمانت شده است کاملا رفع نمیکند و برای احتراز از این خطر ممکن است که مضمون له برای طلب خود که در نتیجه عقد ضمان بذمه ضامن‌مستقر میشود مطالبه وثیقه عینی یعنی رهن کند چنانکه همین اختیار را ، که اساساً مضمون له در اثر آزادی متعاقدین‌در تعیین جزئیات معامله دارند، دارا میباشد ،ماده ۶۹۳ هم تصریح کرده و مقرر میدارد که « مضمون له میتواند در عقد ضمان از ضامن مطالبه رهن کند اگرچه برای دین اصلی رهنی نباشد»

مبحث سوم

در اثر ضمان بین ضامن و مضمون له

۷۴۹ - اولین و مهمترین اثر ضمان‌در روابط بین ضامن و مضمون‌له انتقال‌دین مضمون‌به است بذمه ضامن که درمقابل مضمون له مشغول میشود . ولی بدیهی است که این‌اشتغال ذمه درنتیجه عقد ضمانی واقع میشود که‌بنحو صحت منعقد شده باشد چنانکه‌همین معنی بموجب ماده ۶۹۸ تصریح شده و سابقاً عین آن نقل گردید.پس‌در هر موردیکه ضمان بنحو صحت واقع نشود این اشتغال ذمه حاصل نخواهد شد .

موارد عدم صحت عقد ضمان از قبیل عدم اهلیت متعاقدین و یا نامشروع بودن دینی که ضمانت میشود در ضمن کلیات مذکور شد و در این مبحث فقط یك مورد بخصوصی که بموجب مادهٔ ۶۹۹ پیش‌بینی شده است ذکر میشود :

بموجب قسمت اول مادهٔ مزبوره « تعلیق درضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است»

حکم مندرج دراین قسمت از مادهٔ ۶۹۹ رامیتوان مستند باشکالی کرد که اساساً در صحت عقود معلقه موجوداست . ولی نظر باینکه در هیچیك از مواد قانون مدنی بطلان عقود معلقه بطور کلی تصریح نشده و قطع نظر از اینکه بطور کلی عقود مزبوره اساساً صحیح یا باطل است ، قانون نمیتوانست از اعلام بطلان عقد ضمان معلق خود داری نماید چه . بر فرض اینکه سایر عقود معلقه اساساً صحیح باشد با قبول اصل نقل ذمه بذمه که در عقد ضمان حکمفرمائی میکند نتیجه صحت عقد ضمان معلق الغاء این اصل میشد بعلت اینکه ازجمله تعلیقات تعلیق عقد ضمان بعدم تأدیه دین از طرف مضمون عنه است و اگر چنین تعلیق جایز میبود عقد ضمان مبدل بضم ذمه بذمه میگشت.

اگر تعلیق در نفس عقد و یالااقل تعلیق در عقد ضمان مبطل عقد باشد ، تعلیق در شرایط صحت آن مبطل نیست ، چنانکه مادهٔ ۷۰۰ همین معنی‌را تصریح کرده ومقرر میدارد که « تعلیق ضمان بشرایط صحت آن مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مضمون عنه مدیون باشد من ضامنم موجب بطلان آن نمیباشد .»

چون این تعلیق و همچنین تعلیق مذکور در قسمت اخیر مادهٔ ۶۹۹ که بموجب آن در عقد ضمان « التزام بتأدیه ممکن است معلق باشد » نه تعلیق در نفس ضمان است و نه تعلیقی است که موجب تبدیل ضمان بضم ذمه بذمه گردد لذا در صحت آن ها اشکالی نخواهد بود .

بعضی از محاکم اصل قضائی وسیعی اتخاذ کرده و بطور غیر مستقیم حکم صحت ضمان معلق را هم داده‌اند . محاکم مزبوره چنین استدلال میکنند که راست است تعلیق در ضمان مبطل عقد است ولی برای اینکه تعلیق مبطل باشد باید ناظر بنفس عقد و یابعبارة اخری ناظر بانشاء باشد و بنابر این اگر کسی بگوید که هرگاه مدیون دین خود را نداد من ضامنم این عقد باطل خواهد بود بعلت اینکه تعلیق در انشاء بوده و چنین تعلیق قابل

تصور نیست ولی بر عکس اگر کسی بگوید که من ضامنم و هر گاه مدیون دین خود را نداد من میدهم این ضمان صحیح خواهد بود بعلت اینکه باجمله «من ضامنم» عقد ضمان بدون اینکه در انشاء آن تعلیقی وجود داشته باشد منجزاً وصحیحاً واقع میگردد و قید متأخر راجع بتأدیه در صورت ندادن مدیون نیست مگر تعلیق در التزام بتأدیه وبنابر این چنین ضمان انشاءً صحیح و ضامن باید ازعهده دین مضمون بر آید .

قانون اصول محاکمات حقوقی هم درموضوع تأمین مدعابه حق رجوع بضامن مقیدرا وقتی میدهد که دارائی محکوم علیه برای تأدیه محکوم به کافی نباشد و یامحکوم علیه امتناع ازتأدیه کند بعبارة اخری ضامن مقیدرا مدیون قرار نمیدهد مگر درصورتیکه قبلا بمضمون عنه رجوع شده باشد و دین مضمون بواسطه عدم کفایت دارائی او و یا بواسطه امتناع او از تأدیه وصول نشده باشد .

۷۵۰ - در هر حال قانون مدنی تعلیق درنفس ضمان را مبطل عقد دانسته واز قبول ضمانی که مفید ضم ذمه بذمه باشد احتراز کرده است لیکن نخواسته است که با عرف وعادت مخالفت کرده و بطور انجماد حکم بطلان هر قسم التزامی رابدهد که بالنتیجه مفید ضم ذمه بذمه میشود و همین مقصود با صریح ماده ۷۲۳ حاصل شده است چه ماده مزبوره مقرر میدارد که « ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی بتأدیه دین دیگری ملتزم شود در اینصورت تعلیق بالتزام مبطل نیست مثل اینکه کسی التزام خودرا بتأدیه دین دیگری معلق بعدم تأدیه او نماید . » و هر گاه درست دقت شود معلوم خواهد شد که ماده ۷۲۳ خواسته است بطریق غیر مستقیم راهی را که ماده ۶۹۸ وماده ۶۹۹ مستقیماً بسته است باز کند . چه مگر نه اینست که باهدایت ماده ۷۲۳ طرفین متعاملین میتوانند بطور غیرمستقیم نتیجه حاصل از ضمان مفید ضم ذمه بذمه را که ماده ۶۹۸ نفی میکند صحیحاً تحصیل کنند و یااز ثمره ضمان معلق که ماده ۶۹۹ بطلان انرا تصریح میکند بطور صحیح استفاده کنند . منتهای مراتب برای حصول نتیجه مطلوبه متعاقدین مجبورخواهند بود که بجای اقدام مستقیم بانعقاد عقد ضمان بنحویکه مفید ضم ذمه بذمه باشد ، از در غیر مستقیم واردشده وبانعقاد عقد لازم دیگری اقدام کرده و در ضمن آن مقصود خود را بنحو شرط ضمن العقد تحصیل کنند .

۷۵۱ - با قبول اصل نقل ذمه بذمه در عقد ضمان مخالفت صریح با این اصل غیر ممکن است ولی از مخالفت ضمنی با آن هم نمیتوان کاملا احتراز نمود چنانکه ماده ۷۰۷

مثلا که بموجب آن « اگر مضمون‌له ذمه مضمون‌عنه‌را بری کند ضامن بری نمیشود مگر اینکه مقصود ابراء از اصل دین باشد » در عین حالي که میخواهد با اصل مزبور موافقت کرده و یکی از نتایج آنرا قبول نماید ضمناً با این اصل مخالفت مینماید . چه باحصول برائت ذمه مضمون عنه در مقابل مضمون له که نتیجه حتمی نقل ذمه بذمه است آیا صحبت کردن از اینکه اگر بعد از وقوع عقد ضمان مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند چه خواهد شد مخالفت با این اصل نخواهد بود ؟

آیا خود ماده ۷۰۷ که راجع باین موضوع است ضمناً اشتغال فعلی‌ذمه مضمون‌عنه را در مقابل مضمون لـه فرض نمیکند ؟ و الا چگونـه ممکن بود صحبت از تحصیل حاصل یعنی از ابراء ذمه مضمون عنه بمیان آید و همچنین آیا قسمت اخیر همین مـاده که میگوید « مگر اینکه مقصود ابراء از اصل دین باشد » که در اینصورت مفهوماً ذمه ضامن بری خواهد شد نباید مخالفت با اصل نقل ذمه بـذمه محسوب گردد ؟ چه اگر این اصل حکم فرمائی کامل میداشت بایستی گفته شود که :فقط بمحض وقوع عقد ضمان ذمه مضمون عنه بری شده و دیگر صحبت از ابراء ذمه او مورد ندارد بلکه ضامن تعهد مستقلی در مقابل مضمون له بعهده گرفته و بر فرض اینکـه ذمه مضمون عنه وجداناً هم در مقابل مضمون له مشغول باشد ابراء ذمه او از اصل دین هم نبـاید موجب ابراء ذمه ضامن گردد ولی بطوریکه در مبحث قبل هم مذکور افتاد چون تعهد حـاصل در نتیجه عقد ضمان تعهد تبعی است و باید در صورتیکه اصل از بین برود این تعهد هم که تابع آن است زائل گردد لذا ابراء از اصل دین موجب ابراء ضامن هم میشود .

۷۵۲ ـ در روابط بین ضامن و مضمون له ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمیتواند آنرا فسخ کند مگر در موارد معینه. موارد مزبوره بطوریکه از مادهٔ ۷۰۱ مستفاد میشود عبارتست از موارد ذیل .

۱ ـ اعسار ضامن بطوریکه در مادهٔ ۶۹۰ مقرر است یعنی درصورتیکه مضمون له در حین ضمان جاهل بعدم ملائت ضامن بوده باشد .

۲ ـ در صورت بودن حق فسخ نسبت بـدین مضمون ـ بدیهی است که هرگاه نسبت بدین مضمون که دین اصلی است حق فسخی باشد و بوسیله فسخ ، عقدی که‌منشاء آن دین بود حل گردد عقد تبعی هم که منشاء دین تبعی بود باید حل شود .

۳ - در صورت تخلف از مقررات عقد ضمان - این حق فسخ هم همان خیار تخلف شرط است که در هر عقد لازمی موجود میباشد مگر اینکه اسقاط گردد .

۷۵۳ - عقد ضمان تابع شرایط مقرر بین ضامن و مضمون له است و بنا براین مطابق مادهٔ ۷۰۲ « هر گاه ضمان مدت داشته باشد مضمون له نمیتواند قبل از انقضاء مدت مطالبه طلب خود را از ضامن کند اگرچه دین حال باشد » زیرا که حال یامؤجل بودن دین اصلی در روابط ضامن و مضمون له موثر نبوده وضامن باید در مقابل مضمون‌له مطابق تعهدی که کرده است عمل نماید چنانکه در تعقیب همین نظریه مادهٔ ۷۰۳ اضافه میکند « در ضمان حال مضمون‌له حق مطالبه طلب خود را دارد اگرچه دین مؤجل باشد» و حتی این حکم بموجب مادهٔ ۷۰۶ که میگوید « هر گاه دین مدت‌داشته‌باشد ولی‌ضمان‌حال باشد بعد از ضمان مضمون له حق مطالبه از ضامن دارد » بعبارت دیگر تایید شده‌است لکن بدیهی است که بابودن مادهٔ ۷۰۳ دیگر برای انشاء مادهٔ ۷۰۶ موردی باقی نبوده و این مادهٔ زیادی خواهد بود .

۷۵۴ - در مورد ضمان حال برای دین مؤجل شاید این اشکال تولید شود که چون تولید تعهد حاصل در نتیجه عقد ضمان تعهد تبعی است ، بنابراین اگر کسی نسبت بدین مؤجل ضمانت حال نماید و یا نسبت بچنین دین باجل کمتری ضمانت کند در این صورت فرع مزید بر اصل بوده و این قسم ضمان نباید صحیح محسوب شود لیکن راست است که تعهد حاصل در نتیجه عقد ضمان تعهد تبعی است ولی از طرف دیگر باید این نکته ملحوظ شود که با قبول اصل نقل ذمه بذمه این تبعیت بنحو کامل باقی نمیماند واگر در موارد خاصه از قبیل نامشروع بودن دین اصلی تبعی بودن ضمان تولید اثر کرده و دین ضامن هم که دین تبعی است از بین میرود این ترتیب در سایر جزئیات ملحوظ نبوده و حال بودن ضمان نسبت بدین مؤجل موجب عدم صحت ضمان نمیشود چنانکه همین ترتیب بموجب قانون مدنی تصریح شده است و حتی اگر در عقد ضمان اجل تصریح نشده باشد بعبارت اخری اگر ضمان بنحو مطلق باشد مطابق مادهٔ ۷۰۴ محمول بحال خواهد بود مگر اینکه بقرائن معلوم شود که مؤجل بوده است و بدیهی است که مؤجل بودن دین اصلی قرینه مؤجل بودن ضمان نیز خواهد شد و نیز اگر ضمان مؤجل باشد چون عقد ضمان باعتبار شخص ضامن واقع میگردد و پس‌از فوت او معلوم نیست که مضمون‌له

همان اعتمادی را که بشخص ضامن داشت نسبت بورثه اوهم داشته باشد لذا مطابق ماده ۷۰۵ « ضمان مؤجل بفوت ضامن حال میشود » و بعلاوه این حکم در اثر اصل کلی است که بموجب آن بفوت مدیون دیون او حال میگردد .

۷۵۵ ــ بالاخره در روابط بین ضامن و مضمون‌له این نکته نیز بایدناگفته نماند که بموجب ماده ۷۰۸ « کسیکه ضامن درك مبیع است در صورت فسخ بیع بسبب اقاله یا خیار از ضمان بری میشود » این حکم نیز نتیجه تبعی بودن تعهد حاصل از عقد ضمان است و بدیهی است در صورتیکه تعهد اصلی بسبب اقاله یا فسخ از بین برود تعهد تبعی هم از بین خواهد رفت .

مبحث چهارم

در اثر ضمان بین ضامن و مضمون عنه

۷۵۶ــدر حقیقت دین‌ضامن همان دین مضمون عنه است که بذمه او نقل شده‌است و بنا براین اگر ضامن دین خود را ادا نمود دین مضمون عنه را ادا کرده است و باید حق رجوع باو داشته باشد، ولی خوداین نکته که دین ضامن همان دین مضمون عنه است دلیل براین است که ضامن نمیتواند قبل از تادیه‌آن بمضمون عنه رجوع کند چنانکه ماده ۷۰۹ همین موضوع را تصریح کرده ومقرر میدارد که « ضامن حق رجوع بمضمون عنه نداردمگر بعداز اداءدین» لیکن‌در یك مورد بخصوص قانون‌بضامن اجازه میدهد که قبل‌ازتادیه هم بمضمون‌عنه رجوع کند وآن‌عبارتست از موردی که بموجب قسمت اخیر ماده ۷۰۹ پیش‌بینی شده چه ماده مزبوره بعداز بیان حکم نسبت بان استثنائی قائل شده واضافه میکند ولی ضامن میتواند« در صورتیکه مضمون عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی برائت او را تحصیل نماید ومدت مزبورهم منقضی شده باشد باورجوع کند » این استثناء نتیجه التزام مضمون‌عنه است بر تحصیل برائت ضامن در مدت معین و اگر مضمون‌عنه بالتزام خود عمل نکندباید دینی را که مورد ضمان بوده است بضامن بپردازد تا خود او باتأدیه آن بمضمون له برائت خود را تحصیل کند .

۷۵۷ ــ حق رجوعی که ضامن در صورت تأدیه طلب مضموله بمضمون عنه دارد حق شخصی او میباشد باین معنی که این حق نتیجه قائم مقامی ضامن از مضمون له نبوده

وحقی نیست که ضامن از ناحیه مضمون‌له تلقی کرده باشد واساس این حق رجوع راممکن است مبتنی باین نکته نمود که هرگاه ضامن با اطلاع واجازه مضمون‌عنه ضمانت او را مینماید یکنوع وکالتی است که مضمون‌عنه بضامن در تأدیه قرض خود میدهد وچون وکیل باید آنچه را که در حدود وکالت بحساب موکل خرج کرده است از موکل مسترد دارد لذا ضامن هم آنچه را که بحساب مضمون عنه بمضمون‌له میدهد باید ازاو استرداد کند .

و هر گاه ضامن با اطلاع ولی بدون اجازه صریح مضمون عنه ضمانت کرده باشد در این صورت نیز حق رجوع او در اثر یك نوع وکالتی است که ایجاباً و قبولا وقوع فعلی داشته ولی هرگاه ضامن بدون اطلاع مضمون عنه ضمانت کرده باشد آیا حق رجوع‌باو را خواهد داشت یانه ؟ جواب این سوآل شاید خالی از اشکال نباشد چه از یك طرف در قانون مدنی ماده که صراحتاً حق رجوع از چنین ضامن را سلب کرده باشد وجود ندارد بلکه ماده ۷۲۰ که بموجب آن « ضامنی که بقصد تبرع ضمانت کرده باشد حق رجوع بمضمون عنه ندارد » شاید بتواند دلیل براین‌باشد که فقط قصد تبرع حق رجوع را از ضامن سلب میکند و اگر ضامن قصد تبرع نداشته باید بتواندبه مضمون‌عنه رجوع کند اگر چه بدون اطلاع او ضمانت کرده باشد و برای تحکیم این استدلال ممکن است بماده ۶۸۵ نیز استناد شود چه ماده مزبوره صراحتاً مقرر میدارد که « در ضمان رضای مدیون اصلی شرط نیست » پس با وجود اینکه قانون رضای مدیون اصلی راشرط ضمان قرار نداده و با این که صراحتاً از ضامنی که بدون اطلاع‌مضمون‌عنه ضمانت کرده باشد حق رجوع‌بمضمون‌عنه را سلب نکرده است چگونه میتوان اظهار نمود که چنین ضامن حق رجوع بمضمون‌عنه‌را ندارد ولی استدلالات فوق استدلال محکمی نیست چه بر فرض اینکه قانون از ضامنی که بدون اذن مدیون اصلی ضمانت او را میکند حق رجوع باورا صراحتاً سلب نکرده باشد وبر فرض آنکه از ماده ۷۲۰ واز ماده ۶۸۵ بتوان دلیلی برامکان رجوع استنباط نمود دلائل مستنبط از مواد مزبوره وعدم صراحت قانون درامکان رجوع نمیتواند باصریح ماده ۲۶۷ که در مبحث راجع بوفاء بعهد مذکور است مقاومت نماید زیرا ماده مزبوره صراحتاً مقرر داشته که « ایفاء دین از جانب غیرمدیون هم جایز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد و لیکن کسیکه دین دیگری را ادا میکند اگر باذن باشد حق‌مراجعه باو دارد والا حق رجوع ندارد » وباچنین حکم صریح دیگر

بهیچوجه نمیتوان ادعا نمود که ضامن در صورت ضمانت کردن بدون اطلاع مضمون عنه حق رجوع باورا خواهد داشت وبالاخره چون ضامنی که بدون اطلاع مضمون عنه دین اورا ضمانت کرده باشد حق رجوع باو را نخواهد داشت ضامنی هم که بر خلاف میل او یعنی با وجود منع او از ضمان ضمانت او را بکند بطریق اولی نباید حق رجوع داشته باشد.

۷۵۸ ـ درهر حال ضامنی کهحق رجوع بمضمون عنه دارد نمیتواند جزدر مورد استثنائی مادهٔ ۷۰۹ باو رجوع کند مگر پس از تأدیه دین مضمون ولی لازم نیست که این تأدیه تأدیه حقیقی باشد یعنی ضامن مورد دین را حقیقتاً و واقعاً بمضمون له تسلیم کند تابتواند آنرا از مضمون عنه مطالبه نماید بلکه هر امر دیگری هم که مفید تأدیه باشددر حکم تأدیه خواهد بود و در تعقیب همین نظریه است که مادهٔ ۷۱۰ می گوید «اگر ضامن با رضایت مضمون له حواله کند بکسی که دین را بدهد و آن شخص قبول نماید مثل آنست که دین را ادا کرده است وحق رجوع بمضمون‌عنه دارد و همچنین است حواله مضمون له بعهده ضامن» مادهٔ مزبوره دو مورد را پیش بینی کردهٔ که بین ضامن و مضمون له معاملهٔ واقع میشود که نتیجتاً مفید تأدیه است و آن دو مورد از قرار ذیل است:

اولاـضامن دینی را که بمضمون له دارد با رضایت مضمون له حواله میکند بکسی دیگر که او آنرا بپردازد و محال علیه هم این حواله را قبول میکند در این صورت بطوریکه در خود مادهٔ ۷۱۰ هم ذکر شده است این عمل مثل اداء دین است و بضامن حق میدهد که بمضمون‌عنه رجوع نماید.

ثانیاًـمضمون‌لهحواله میدهد که ضامن دینی را که باو دارد در وجه محال له کارسازی نماید و ضامن هم این حواله را قبول میکند در این صورت همینکه ضامن پرداختحواله‌را قبول نمود در مقابل مضمون له بری میشود و مثل اینست که در مقابل او دین خود را ادا کردهٔ است و بنا بر این حق پیدا میکند که بمضمون‌عنه رجوع کند و بعلاوهٔ مادهٔ ۷۱۲ امری را پیش بینی مینماید که مفید تأدیه است و آن عبارتست از فوت مضمون‌له و وراثت ضامن، چه در این صورت نیز ضامن تأدیه حقیقی نکرده ولیبامالکیت مافی الذمه خود مثل آنست که تأدیه کرده باشد و بنابر این حق رجوع بمضمون‌عنه راخواهدداشت.

۷۵۹ ـ اگرچه برایامکان رجوعبمضمون‌عنه لازماست کهضامن دین مضمون‌راحقیقتاًادیه

کند ویا امری واقع شود که در حکم تادیه باشد لیکن هر تأدیه هم موجد این حق رجوع نمیباشد چنانکه اگر دین مضمون مؤجل باشد و ضامن قبل از حلول اجل آنرا بپردازد مادام که دین حال نشده است حق رجوع بمضمون عنه را ندارد چنانکه همین معنی را ماده ۷۱۵ بطریق ذیل تصریح کرده است « هرگاه دین مدت داشته و ضامن قبل ازموعد آنرا بدهد مادام که دین حال نشده است نمیتواند ازمدیون مطالبه کند .» چه دین مضمون عنه به ضامن همان دینی است که مضمون عنه بمضمون له داشت و همانطور که در صورت عدم ضمان مضمون له نمیتوانست قبل از رسیدن موعد بمضمون عنه رجوع کند همانطور هم ضامن حق رجوع باو را نخواهد داشت و برعکس موافق ماده ۷۱۶ « در صورتیکه دین حال باشد هر وقت ضامن ادا کند میتواند رجوع بمضمون عنه نماید هرچند ضمان مدت داشته و موعد آن نرسیده باشد مگر اینکه مضمون عنه اذن بضمان مؤجل داده باشد » و در نتیجه همین وحدت دینین است که مطابق ماده ۷۱۳ ضامن نمیتواند بیشتر از آنچه که بمضمون له داده است از مضمون عنه مطالبه کند اگرچه دین را بمبلغ کمتری صلح کرده باشد و همچنین بموجب ماده ۷۱۸ و ۷۱۹ هرگاه مضمون له ضامن را ازدین ابراء کند یادیگری مجاناً دین را بدهد ضامن و مضمون عنه هردو بری میشوند وضامن حق رجوع بمضمون عنه ندارد.

۷۶۰ - احکام مندرج در مواد مذکور فوق نیز از جمله احکامی است که تااندازه بااصل نقل ذمه بذمه مخالفت دارد چه اگر عقد ضمان ذمه مضمون عنه را در مقابل مضمون له بری میکند و ذمه ضامن را مستقیماً در قبال او مشغول مینماید . دیگر نباید بعد از وقوع ضمان هیچ ارتباطی بین دین اصلی و دین تبعی که عبارت از دین ضامن بمضمون‌له است باقی بماند و بنا بر این ضامن باید حق داشته باشد که بعد از تحصیل برائت خود در مقابل مضمون‌له دین مضمون را تماماً از مضمون عنه‌مطالبه کند. اگر چه این برائت با تأدیه مبلغ کمتری تحصیل شده باشد ویا صرفاً نتیجه ابراء باشد لیکن اگر درست دقت شود ضعف این استدلال ظاهر میگردد چه بر فرض اینکه مفاد ماده ۷۱۳ و ماده ۷۱۸ و ۷۱۹ ضمناً مخالف با اصل نقل ذمه بذمه باشد در ضمان ضم ذمه بذمه هم مادام که ضامن دین مضمون را نپرداخته است مضمون عنه را نمیتوان در مقابل او مدیون فرض کرد بعبارة اخری خواه در ضمان مفید نقل ذمه بذمه و خواه در ضمان مفید ضم ذمه بذمه منشأ و علت مدیونی مضمون عنه بضامن تأدیه دین مضمون است

از ناحیه ضامن و چون نه منشأ میتواند از منشأ قویتر باشد و معلول از علت لذا ضامن باید فقط برای آنچه که بمضمون‌له داده است حق رجوع بمضمون عنه را داشته باشدو آن هم مشروط بر اینکه مقدار پرداختی او از میزان دین اصلی تجاوزنکند و الا برای‌مازاد حق رجوع نخواهد داشت مگر اینکه باذن مضمون عنه داده باشد چنانکه مادهٔ ۷۱۴ نسبت باین مطلب اخیر مقرر میدارد که « اگر ضامن‌زیادتر از دین بدائن بدهد حق رجوع بزیاده ندارد مگر در صورتیکه باذن مضمون عنه داده باشد » مختصر آنکه مطابق مادهٔ ۷۱۳ و ۷۱۴ اگر ضامن کمتر از دین اصلی به مضمون له بدهد فقط برای آنچه داده‌است میتواند بمضمون عنه رجوع کند و نه برای تمام دین و اگر بر عکس زیادتر از دین اصلی بدهد حق رجوع‌بزیادهٔ نداردمگر در صورتیکه با اذن مضمون‌عنه داده باشد و درغیر این صورت خود اقدام بضرر خود کرده است .وموافق مادهٔ۷۱۸ و ۷۱۹ ابراء ضامن از ناحیه مضمون له دین مضمون را از بین میبرد بعلت اینکه با وقوع ضمانت ذمه مضمون عنه در مقابل مضمون‌له‌بری وهنوز در مقابل ضامن مشغول نشده است وچون ذمه ضامن هم ابراء میشود ودیگردین مضمون را نخواهد پرداخت تا ذمه مضمون عنه مشغول گرددلذا دین مضمون ساقط خواهدشد و باعطف توجه باین مطلب اگر بعبارات مادهٔ ۷۱۸ و۷۱۹ با نظر دقیق مراجعه شود ملاحظه خواهد شد که طرز انشاء این دو مادهٔ خالی از نقص نیست چه اولا مادهٔ ۷۱۹ عین حکم مندرج در مادهٔ ۷۱۸ را تکرار کرده منتهای‌مراتب تأدیه مجانی دین را از ناحیه دیگری و نداشتن حق رجوع بمضمون عنه را اضافه مینماید و حال آنکه نه بری شدن ذمه ضامن و مضمون‌عنه اختصاص بمورد مادهٔ ۷۱۸ دارد و نه نداشتن حق رجوع ضامن بمضمون عنه اختصاص بمورد مادهٔ ۷۱۹ بنابراین ممکن بوداین دومادهٔ با یکدیگر تلفیق وحکم آنها در ضمن یك مادهٔ بطریق ذیل بیان شود :

« هر گاه مضمون‌له ضامن رااز دین‌ابراء کند یادیگری مجاناً دین را بدهد ضامن‌ومضمون عنه هر دو بری‌می‌شوند و ضامن حق رجوع‌بهمضمون‌عنه ندارد »

۷۶۱ ـ با وجود اینکه عقد ضمان ذمه مدیون اصلی را در مقابل مضمون‌له بری مینماید معذلك مضمون عنه حتی در مقابل مضمون‌له خودرانسبت بدین مضمون کاملااجنبی محسوب نمیدارد وبلکه‌عملاجهدمینماید که حتی‌المقدوردین مضمون را تأدیه کرده و بدینطریق از زیر منت ضامن خارج شود و با عطف توجه باین موضوع است که مادهٔ ۷۱۷ مقرر

میدارد « هرگاه مضمون‌عنه دین‌را ادا کند ضامن بری میشود هرچند ضامن بمضمون عنه اذن در ادا نداده باشد » مفاد این ماده درصورتی هم که مضمون عنه در مقابل‌مضمون له نسبت بدین مضمون‌شخص اجنبی فرض شود موافق با اصل کلی است که هر کس می تواند دین دیگریرا حتی بدون اذن مدیون تأدیه کند منتهای‌مراتب در این مورد بخصوص تأدیه از ناحیه شخص‌ثالثی بعمل آمده است که خود او ذینفع در تأدیه‌میباشد .

در موضوع حکم مندرج درماده ۷۱۷ ممکن است‌اشکال ذیل پیش‌آید وآن‌اینستکه هرگاه مضمون‌عنه‌بدون‌اذن ضامن وبالنتیجه بدون‌اطلاع اودین‌را بمضمون له‌بپردازد وضامن آنرا ثانیاً تادیه کند تکلیف ضامن چه خواهد بود آیا باید برای آنچه که داده است بمضمون عنه رجوع کند ویا بمضمون له ؟

قبل از بحث در این اشکال وبلکه برای پیدا کردن راه حل آن مقتضی است اول عین ماده ۷۱۱ که حکم عکس این موضوع را بیان مینماید نقل شود . مادهٔمزبوره از قرار ذیل است :

« اگر ضامن دین را تادیه کند و مضمون عنه آنرا ثانیاً بپردازد ضامن حق‌رجوع بمضمون له نخواهد داشت و باید‌بمضمون عنه مراجعه کند و مضمون عنه میتواند از مضمون له آنچه را که گرفته است مسترد دارد » فرض این ماده عکس آن فرضی است که فوقاً نمودیم چه‌این‌ماده فرض میکند که ضامن دین را اول تادیه کرده و مضمون عنه نیز آنرا ثانیاً میپردازد در این صورت بدیهی است که ضامن نباید حق رجوع بمضمون‌له را داشته باشد چه ضامن در مقابل مضمون له مدیون بوده و دین خود را پرداخته است‌و چون در نتیجه این پرداخت از مضمون عنه طلبکار میشود لذا باید حق رجوع باو را داشته باشد و اگر مضمون‌عنه که در مقابل مضمون له اشتغال ذمه نداشته باو چیزی تادیه کرده باید مطابق حکم کلی آنرا از او استرداد کند .

حال اشکال راجع بحکم ماده ۷۱۷ را مورد بحث قرار داده میگوئیم که در قضیه مفروضه یعنی در موقعیکه مضمون عنه قبلا دین را بدون اطلاع ضامن بدهد و ضامن هم آنرا ثانیاً بپردازد هرگاه بضامن حق داده نشود که بمضمون عنه مراجعه کند شخص ضامن مواجه با وضعیت اسفناك و بلکه غیر عادلانهٔ خواهد بود چه باقبول ضمانت شخص ضامن دین کس دیگر را بعهده گرفته و بمضمون عنه کمك و مساعدتی نموده است

و بعلاوه از عهدهٔ تعهد خود هم بر آمده است . و اگر مضمون عنه دینی را که مدیون آن نبوده پرداخته باشد و بضامن هم اطلاع نداده باشد که لااقل آنرا مجدداً نپردازد و همچنین اگر مضمون له سوء نیت داشته و طلبی را که مضمون عنه آنرا تأدیه کرده بوده است ثانیاً از ضامن بگیرد و اورا از تأدیه سابق مطلع نکند تقصیر ضامن چه‌خواهد بود که در صورت عدم ملائت مضمون‌له نتایج وخیمه حاصله از افلاس مضمون له رامتحمل شود و بر عکس اگر بضامن حق رجوع بمضمون عنه داده شود در این صورت مخالفت با اصل کلی خواهد شد که بموجب ماده ۳۰۱ و ۳۰۲ اتخاذ شده است چه مطابق مادهٔ ۳۰۱ « کسیکه عمداً یا اشتباهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آنرا بمالك تسلیم نماید » و بموجب مادهٔ ۳۰۲ « اگر کسیکه اشتباهاً خود را مدیون می دانست آن دین راتأدیه کند حق دارداز کسیکه آنرا بدون حق اخذ کرده است استرداد نماید » وچون هیچیك از این دوماده بمؤدی حق نمیدهد که بکس دیگر غیر ازآنکس که من غیر حق دریافت کرده است رجوع کند بنابراین ضامن که بواسطه عدم اطلاع از تأدیه مضمون عنه خود را اشتباهاً مدیون‌میدانسته باید بمضمون له که عمداً یا اشتباهاًچیزی را که مستحق نبوده است دریافت کرده رجوع کند .

از مجموع مطالب فوق معلوم میشود که اگر حق رجوع بمضمون‌عنه از ضامن سلب شود فقط مخالفت با انصاف خواهدبود، و اگر برعکس بضامن حق داده شود که بمضمون عنه مراجعه کند مخالفت با مفاد مادتین ۳۰۱ و ۳۰۲ خواهد بود . و چون در مطالب قانونی رعایت انصاف وقتی باید ملحوظ شود که مخالفت بانص قانون نباشد، لذا باید گفت که در قضیه مفروضه ضامن حق رجوع بمضمون عنه را ندارد و باید آنچه را که بدون مدیون بودن داده است از مضمون له یعنی از کسیکه آنرا گرفته است مسترد دارد، و بعلاوه این ترتیب از مفهوم ماده ۷۱۱ نیز مستفاد میشود، چه بموجب مادهٔمزبوره « اگر ضامن دین را تادیه کند و مضمون عنه آنرا ثانیاً بپردازد ضامن حق رجوع به مضمون له نخواهد داشت » و مستنبط از کلمه ثانیاً آنست که حق رجوع بمضمون‌له‌وقتی از ضامن سلب میشود که پرداخت از ناحیه مضمون عنه ثانیاً یعنی بعد از پرداخت ازناحیه ضامن بعمل آمده باشد، و اگر برعکس پرداخت از ناحیه‌مضمون عنه اولا و قبل‌ازپرداخت از ناحیه ضامن باشد حق رجوع بمضمون له خواهد داشت و داشتن حق رجوع بمضمون

له منافی باداشتن حق رجوع بمضمون عنه است ، معذلك كه شايد براى ضامن حق رجوع بمضمون عنه نيز شناخته شود و آن در صورتی است كه مضمون له غير ملی بوده وضامن هم ثابت نمايد كه سبب تام ضرر متوجه براو شخص مضمون عنه بوده است .

مبحث پنجم
در اثر ضمان بين ضامنين

۷۶۲ ــ بودن ضامنين متعدد در دو مورد ممكن است فرض شود : اول در موردیکه اشخاص متعدد از يك شخص و برای يك قرض ضمانت كرده باشند ــ دوم در موردیکه يكنفر از يك شخص ضمانت كرده و ديگری ضمانت ضامن را نموده و سومی ضمانت ضامن ضامن را الی آخر .

۷۶۳ ــ مورد اول ــ در اين مورد مادهٔ ۷۲۱ قانون مدنی فرضی را پيش بينی كرده است كه اشخاص متعدد از يك شخص و برای يك قرض بنحو تسهيم ضمانت كرده باشند در اين صورت مطابق مادهٔ مزبوره مضمون له حق دارد « بهر يك از آنها فقط بقدر سهم او » رجوع كند .

حكم مندرج در اين ماده نيست مگر اجرای منظور مضمون له و ضامنين چه منظور آنها اين بوده است كه هر ضامنی بقدر سهمی كه ضمانت كرده است مسئول باشد و نه بيشتر از آنمقدار ولی چون ممكن است كه يكی از ضامنين در تأديه شدن تمام‌دين مضمون ذی نفع باشد و خود اقدام بتأديه تمام آن بنمايد در اين صورت مطابق قسمت اخير مادهٔ ۷۲۱ ضامن مزبور حق دارد بهر يك از ضامنين ديگر كه اذن تأديه داده باشد بقدر سهم او رجوع كند زيرا كه ضامن مزبور در مقابل ضامنينی كه اذن در تأديه نداده اند حكم كسی را خواهد داشت كه بدون اذن مديون دين او را تأديه كرده باشد و چنين شخص بطوريكه در مبحث قبل هم گفته شد بحكم مادهٔ ۲۶۷ حق رجوع بمديون ندارد .

۷۶۴ ــ فرض ديگری كه نه بموجب مادهٔ ۷۲۱ و نه بموجب مادهٔ ديگری پيش بينی شده است آنست كه ضامنين متعدد موجود باشند وهر يك از آنها ضمانت تمام دين را نموده باشد و يا اگر ضمانت تمام دين را هم صراحتاً ننموده باشند سهمی را

که هر یك ضمانت کرده است معین نکرده باشد و در این صورت معلوم نیست که تکلیف مضمون له چه خواهد بود ؟ برای حل اشکال باید قبلا بحکم مندرج در ماده ۶۸۹ عطف نظر شود وحکم مزبور این است که « هر گاه چند نفر ضامن شخصی شوند ضمانت هر کدام که مضمون له قبول کند صحیح است » فرض این ماده چنین است که اشخاص متعدد حاضر شده اند از یك مدیون ضمانت کنند . در این صورت بدیهی است ضمانت کسی صحیح ومعتبر خواهد بود که مضمون له قبول کرده باشد و نسبت بدیگران عقدی واقع نمیگردد تا مضمون له حق رجوع داشته باشد و لی اگر مضمون له ضمانت همه راقبول کند وصحبت تسهیمی هم دربین نبوده باشد آیا مضمون له حق خواهد داشت که بهریك از ضامنین که بخواهد رجوع کند یا خیر ؟ واگر حق رجوع بهریك داشته باشد تا معادل چه مقدار از دین مضمون را میتواند مطالبه کند ؟

با قبول این اصل که عقد ضمان مستلزم نقل ذمه بذمه است تصور امکان وقوع فرض مزبور مشکل بنظر می آید زیرا که مضمون عنه‌یك اشتغال ذمه بیشتر ندارد واگر ضامنین متعدد که مضمون له ضمانت همه آنهارا قبول کرده است یکی بعد از دیگری ضمانت دین اصلی راکه بذمه مضمون‌عنه است کرده باشند در این صورت ضمان اولی صحیح وضمانت های بعدی باطل خواهد بود زیرا که با ضمان اول ذمه مدیون اصلی در مقابل مضمون‌له بری میشود وچون دیگر مدیون اصلی درمقابل مضمون له مشغول‌الذمه نیست وقصد ضامن ضمانت مافی الذمه مدیون اصلی بود پس ضمان دینی خواهد بود که وجود ندارد و این ضمان ضمان بلا مورد و بالنتیجه معامله بلاموضوع بوده ومحکوم ببطلان است واگر برعکس تمام ضامنین بموجب یك عقد ضمانت کرده باشند در این صورت نیز ممکن است تصریح شده باشد که هریك ضمانت تمام دین را مینماید ویا آنکه ضمان بطور اطلاق بوده‌ومعلوم نباشد که هریك بنحو تسهیم ضمانت کرده ویا برای تمام دین .

هر گاه درعقد ضمان تصریح شده باشدکه هریك‌از ضامنین ضمانت تمام‌دین را مینماید تکلیف چه‌خواهد بود ؟ آیاچنین‌عقد باید صحیح‌فرض شده‌و بمضمون‌له حق‌داده شود که برای‌وصول تمام‌طلب‌خود بهریك از ضامنین که بخواهد رجوع کند یا نه ؟

برای جواب منفی باین سؤآل ممکن است باین طریق استدلال نمود که قبول صحت چنین عقد مخالفت صریح با اصل نقل ذمه بذمه‌است ، زیرا با قبول این اصل تصور

وجود چندین مدیون برای دین واحد ممکن نیست، بعبارة‌اخری‌چون‌مضمون عنه یك اشتغال ذمه بیشتر نداشته لذا مافی‌الذمه او نمیتوانست در آن واحد کلا بذمه اشخاص متعدد منتقل شود، وچون ضامنین متعدد بوده اند ومعلوم نیست دین بذمه کدام یك از آنها منتقل‌شده است لذا عقد ضمان بواسطه مجهول بودن طرف عقد باطل خواهد بود .

برعکس برای جواب مثبت ممکن است دلائل ذیل اقامه شود :

اولا - راست است که قانون مدنی عقد ضمان را نقل ذمه بذمه تلقی کرده ولی‌باقبول این اصل امکان تصور مدیونین بالاقل ملتزمین متعدد را بنحو ترتیب برای دین واحد بطور مطلق نفی نکرده، چنانکه هیچکس نمیتواند مدعی بطلان التزامی شود که بموجب آن دونفر مشتری مبیع واحد که بنحو اشاعه بانها فروخته میشود، در مقابل بایع و در ضمن عقد بیع ملتزم گردند که هریك ازآنها در صورت رجوع بایع از عهده تمام ثمن برآید، وحال آنکه بموجب این التزام برای‌دین هریك از مشتریها دو ملتزم علیحده‌وجود میگردد و بایع می تواند برای وصول تمام طلب خود بهریك ازآنها که بخواهد رجوع کند، و اعتراض معترض هم که این ترتیب نتیجه شرط فعلی است که ضمن عقد لازم شده است و نه‌نتیجه خود عقد خدشه بر اصل موضوع یعنی امکان تصور وجود دو ملتزم‌برای دین واحد وارد نمیکند .

ثانیاً - قانون مدنی درعین حالی‌که درعقد ضمان اصل نقل ذمه بذمه را قبول‌کرده است نخواسته ویا نتوانسته که تمام اثرات مترتبه براین اصل را قبول کند چنانکه درموارد عدیده که از آنجمله ماده ۷۰۷ است اشتغال ذمه مضمون عنه درمقابل مضمون له فرض‌شده و یا صحبت از ابراء ذمه مضمون عنه بمیان آمده است، وحال آنکه اگر اصل نقل ذمه بذمه بطور مطلق قبول شود دیگر نمیبایست تصوراشتغال ذمه مضمون عنه در مقابل‌مضمون‌له بشود تا حکمی برای مورد ابراء آن معین گردد . و اگر برای تخطئه این استدلال گفته شود که مقصود قانون از ابراء ذمه مضمون عنه همان ابراء ذمه ضامن بوده است اجتهاد در مقابل نص خواهد بود زیرا در مقابل صراحت ماده ۷۰۷ که میگوید « اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمیشود مگر اینکه مقصود ابراء ازاصل دین باشد » چگونه میتوان ادعا نمود که مقصود قانون درقسمت اول این ماده ابراء ذمه ضامن بوده ونه مضمون عنه .

ثالثاً ـ قانون مدنی نه فقط تمام نتایج اصل نقل ذمه بذمه را قبول و اجرا نکرده و بطلان ضمانت ضامنین متعدد را بنحو مذکور فوق تصریحاً و تلویحاً اعلام نکرده بلکه از مفهوم ماده ۶۸۹ میتوان استدلال نمود که هرگاه چند نفر ضامن شخصی بشوند ومضمون له ضمانت همه آنهارا قبول کند عقد ضمان صحیح خواهد بود، واگر برای تخدیش این دلیل هم گفته شود که مفهوم ماده ۶۸۹ در موردخود صحیح است ولی با قبول اصل نقل ذمه بذمه این مورد منحصر بضمان بنحو تسهیم خواهد بود جواباً گفته میشود که مفهوم قانون نمیتواند از دائره منطوق آن تجاوز کند و چون ماده ۶۸۹ مفاداً ناظر بموردی است که هریك از ضامنین متعدد برای ضمانت تمام دین حاضر شده ومضمون له فقط ضمانت یکی از آنهارا قبول کرده است بنابراین مفهوماً نیز ناظر خواهد بود بموردیکه هریك از ضامنین متعدد برای ضمانت از تمام دین حاضر شده ومضمون له ضمانت همه آنها را قبول کرده باشد وبعلاوه فرد فرد ضمامنین مشمول این ماده شده و مضمون له میتواند در مقابل هرکدام باین ماده استناد کرده صحت ضمانت اورا ثابت نماید . پس نظر بمراتب فوق منحرف کردن ماده از مورد منصوص خود بمورد تسهیم انصراف از منطوق و مفهوم آن خواهد بود .

رابعاً ـ دلیل دیگری که ممکن است برای صحت عقد مفروض اقامه شود دلیلی است که از قانون تجارت میتوان استخراج نمود چه مسلم است که قانون مزبور بدارنده برات حق داده است که برای وصول وجه آن که بیش از یك دین نیست بهریك ازمحیل و محال علیه و ظهر نویسها که بخواهد رجوع کند بعبارت اخری هریك از محیل و محال علیه و ظهر نویسها در مقابل دارنده برات ضامن و مسئول تادیه تمام وجه آن میباشد . و اگر قبول این طریق یعنی موجود بودن مدیونین متعدد برای دین واحدحتی بنحو ترتیب هم قابل تصور نباشد چگونه قانون تجارت آنرا نه فقط تصور کرده بلکه صراحتاً قبول و تجویز نموده است .

استدلالات فوق را میتوان بطریق ذیل رد نمود .

اولا ـ برفرض امکان تصور مدیونین متعدد برای دین واحد و برفرض اینکه قانون مدنی امکان وقوع چنین ترتیب را بطور مطلق نفی نکرده باشد این نکته مسلم است که در مورد عقد ضمان بخصوص اصل نقل ذمه بذمه قبول شده است و بنا براین مخالفت

با این اصل فقط در موردی ممکن خواهد بود که قانون آنرا صراحتاً اجازه داده باشد و چون نه استناد بصحت التزامی که ضمن عقد لازم میشود و برای دین واحد ملتزمین متعدد ایجاد مینماید و نه استناد باینکه در مورد بخصوصی قانون مدنی از قبول تمام نتایج نقل ذمه بذمه منصرف شده است و بالاخره نه استناد بمفهوم ماده ۶۸۹ نص صریحی را نشان میدهد که امکان نقل تمام مافی‌الذمه مضمون عنه را در آن واحد بذمه ضامنین متعدد تجویز نموده باشد لذا دلائلی که از راه تنقیح مناط و استحسان و یا مفهوم مخالف ایجاد میشوند برای صحت قبول ضمان مفروض کافی نخواهد بود .

ثانیاً ــ دلیل مستخرج از قانون تجارت دلیل بی‌اساسی است زیرا که در مقابل احکام قانون مدنی احکام قانون تجارت احکام استثنائی است و برای حکم در دعوای حقوقی نمیتوان باحکام قانون تجارت استناد نمود و حال آنکه برعکس برای حکم در دعوی تجارتی حاکم قضیه مکلف است که اگر در قانون تجارت حکم خاصی نباشد باحکام قانون مدنی مراجعه نموده و قضیه را مطابق احکام مربوطه قطع و فصل کند . بنابراین اگر واضعین قانون تجارت نظر بمصالح خاصی که مربوط بتأمین حسن جریان امور تجارتی میباشد از اصل کلی انحراف جسته و یکنوع ضمان ضم ذمه بذمه را قبول نموده اند این انحراف نمیباید دلیل براین گردد که در غیر مورد منصوص هم از اجرای اصل کلی انصراف شود .

۷۶۵ ــ بالاخره فرض دیگر این است که ضامنین بموجب یک عقد ضمانت دین واحد را کرده باشند بدون تصریح باینکه ضمان بنحو تسهیم است و یا هر یک ضمانت تمام دین را نموده‌اند .

در این مورد نیز شقوقی ممکن است تصور شود .

شق اول ــ بین مضمون له و ضامنین در ضمان بنحو تسهیم اختلافی نیست . در انصورت بدیهی است که چون سهم هریک از ضامنین علیحده معین نشده است باید فرض شود که مقصود مضمون له و ضامنین آن بوده است که تسهیم علی‌السویه باشد . بنابراین مضمون له باید در صورت بودن دو ضامن بهریک برای نصف دین و در صورت بودن سه ضامن بهریک برای ثلث دین رجوع کند و بنطریق یعنی تسهیم علی‌السویه در صورت بودن ضامنین متعدد بهر عده که باشند رعایت میگردد .

شق دوم ــ مضمون له ادعامیکند که هریک از ضامنین ضمانت تمام دین را کرده است و حال آنکه ضامنین ادعای تسهیم علی‌السویه مینمایند و یا برعکس مضمون له ادعای تسهیم میکند و ضامنین ادعای ضمانت تمام دین را

دراینصورت نیز اگر هیچیك ازطرفین نتوانست ثابت نماید که قصد طرف مقابل در حین ضمان منطبق با ادعای او بوده است تخالف در منویین بوده و اصلا عقدی نتوانسته است واقع گردد . و برعکس اگر طرفی که ادعای تسهیم میکند ثابت نمود که مقصود طرف مقابل هم تسهیم بوده است حکم به تسهیم علی السویه میشود و بالاخره اگر طرفی که ادعای ضمانت تمام دین را مینماید ثابت کرد که مقصود طرف مقابل هم در حین ضمـان همین بوده است حکم بصحت ضمان نمیتوان داد مگر در صورتیکه اساساً چنین ضمانتی را بتوان قبول نمود .

۷۶۶ ـ مورددوم ـ مورددیگریکه‌ممکن‌استوجودضامنین‌متعددفرض‌شود درصورتیست که‌یکنفر ضمانت شخصی را کرده و کس دیگرضمانت ضامنرا نماید دراین‌مورد مطابق‌ماده ۷۲۲ « ضامن‌ضامن حق رجوع به مدیون اصلی ندارد و باید بمضمون عنه خود رجوع کند و بهمین طریق هر ضامنی بمضمون عنه خود رجوع میکند تا بمدیون اصلی برسد » در مورد این ماده بدیهی است که کلیه احکام ضمان در روابط بین هر ضامن‌با مضمون‌له خود نیز رعایت خواهد شد .

فصل پانزدهم

در حواله

۷۶۷ ـ بموجب ماده ۷۲۴ « حواله عقدی است که بموجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون بذمه شخص ثالثی منتقل میگردد ـ مدیون را محیل طلبکار را محتال ـ شخص ثالث را محال علیه میگویند »

۷۶۸ ـ از دقت در تعریف فوق فوراً معلوم میشود که عقدحواله هم مثل عقد ضمان عقد تبعی است چه مطابق تعریف فوق برای اینکه عقد حواله واقعشود بـاید حواله دهنده مدیون باشد چنانکه خود ماده ۷۲۴ فوراً پس‌از تعریف و در ذیل آن اضافه می کند که مدیون را محیل وطلبکار را محتال میگویند و بعلاوه اگر محیل مدیون محتال نمیبود انتقال طلب محتال از ذمه او بذمه شخص ثالث مورد پیدا نمیکرد پس باید عقد یا امر دیگری قبلا واقعشده باشد تا در نتیجه‌آن یکنفر بدیگری مدیون گشته‌و عقد حواله

بتبع آن عقد یا امر حتماً منعقد گردد وحتی اگر دین قبلی وجود نداشته باشد و بعبارة اخری محیل مدیون محتال نباشد مطابق مادهٔ ۷۲۶ احکام حواله جاری نخواهد بود چه مادهٔ مزبوره مقرر میدارد که « اگر در مورد حواله محیل مدیون محتال نباشد احکام حواله در آن جاری نخواهد بود » عبارات این مادهٔ ظاهراً قابل انتقاد است چه با وجود تعریف مندرج در مادهٔ ۷۲۴ دیگر در موضوع حواله صحبت کردن از محیلی که مدیون نباشد ویا محتالی که طلبکار نباشد مورد نخواهد داشت راست است که خود مادهٔ ۷۲۶ اضافه مینماید که در اینصورت احکام حواله جاری نخواهد بود ولی خود این عبارت نیز دلیل بر این است که مادهٔ مزبوره قرار داد واقع بین متعاملین را بعنوان عقد حواله تلقی نموده منتهای مراتب استثناءً در این مورد بخصوص آنرا مطیع احکام حواله نمینماید.

اشکال مزبور باید باینطریق توجیه و حل شود که حواله بر چند قسم ممکن است واقع گردد یک قسم آن حواله واقعی است که بموجب مادهٔ ۷۲۴ تعریف شده است و اقسام دیگر یا منتج نتیجه ضمان است و یا تملیک دین.

۷۶۹ – در حواله واقعی نه فقط محیل باید مدیون محتال باشد بلکه لازم است که محیل از محال علیه هم طلبکار باشد و الا عقد حواله حواله واقعی نخواهد بود چنانکه بعد از مادهٔ ۷۲۶ که در مورد مدیون نبودن محیل در مقابل محتال احکام حواله را جاری نمی نماید مادهٔ مادهٔ ۷۲۷ هم در موردی که محال علیه مدیون محیل نمیباشد حکم ضمان را جاری میکند و نه حکم حواله را.

بر عکس در حواله بمعنی عام ممکن است که محیل مدیون به محتال نباشد و یا محیل طلبکار از محال علیه نباشد. هرگاه محیل مدیون محتال نباشد ولی از محال علیه طلبکار باشد این حواله همان تملیک دین است بعبارة اخری محیل طلبی را که از محال علیه دارد تملیک بر محتال میکند و اگر محیل از محال علیه طلبکار نباشد ولی بمحتال مدیون باشد این حواله بعد از قبولی محال علیه همان ضمان خواهد بود بعبارة اخری محال علیه در مقابل محتال ضمانت دینی را میکند که محیل بمحتال دارد.

۷۷۰ – پس نظر بمراتب فوق نه در مادهٔ ۷۲۶ ونه در مادهٔ ۷۲۷ لغت حواله بمعنی خاصی که عبارت از حواله حقیقی باشد استعمال نشده است وبعلاوه از مراتب مزبوره چنین مستفاد میشود که در حواله بمعنی خاص رضای هر سه نفری که طرف عقد میباشند

یعنی محیل و محتال و محال علیه شرط است و گر چه در مادهٔ ۷۲۵ مقرر است که « حواله محقق نمیشود مگر با رضای محتال و قبول محال علیه » و بهیچوجه از شخص محیل ذکری نشده است ولی بدیهی است که اگر عقد حواله تصور شود باید محیلی هم موجود باشد و اگر محیل راضی نباشد اصلا عقد حواله در بین نخواهد بود لیکن این نکته نیز باید قید شود که در حواله حقیقی رضای این سه نفر شرط صحت عقد است و نه بطوریکه از مادهٔ ۷۲۵ مستفاد میشود شرط تحقق آن زیرا نتیجه حواله حقیقی برائت ذمه محیل و اشتغال ذمه محال علیه است در مقابل محتال و این نتیجه نمیتواند صحیحاً حاصل گردد مگر با رضای هر سه نفر .

بر عکس در حوالهٔ که حکایت از تملیك دین می‌نماید رضای محال علیه شرط صحت نیست چه محال علیه اصلا طرف عقد نمیباشد وعقد فقط بین محیل ومحتال واقع میگردد چنانکه در مادهٔ ۲۹۲ هم که راجع به موارد تبدیل تعهد است نسبت بتبدیل تعهد بوسیله تبدیل دائن رضای مدیون شرط نشده است واین تبدیل تعهد همان حواله ایست که حکایت ازتملیك دین مینماید توضیح آنکه اگر یکنفر طلبی راکه از زید دارد بنحوی از انحاء بعمر و تملیك کند وبزید حواله دهد که آنرا در وجه عمر و کار سازی نماید تبدیل تعهد بوسیله تبدیل دائن شده وبرای صحت این حواله رضای زید که محال علیه است شرط نخواهد بود .

۷۷۱ ـ تشخیص اینکه حواله حواله حقیقی است یا حکایت ازتملیك دین میکند ویا منتج ضمان است خالی از اهمیت نیست زیرا که در حواله واقعی وحوالهٔ که منتج ضمان است پس از تحقق حواله یعنی پس از رضای محیل ومحتال ومحال‌علیه ذمهٔ محیل ازدینی که حواله داده بری وذمه محال علیه درمقابل محتال مشغول‌میشود (مادهٔ ۷۳۰) وبنابراین اگر بعد از تحقق عقد محال علیه مفلس گردد دیگر محتال حق رجوع به محیل رانخواهد داشت مگر در مورد استثنائی مادهٔ ۷۲۹ که بعداً ذکر خواهد شد و برعکس در حوالهٔ که حکایت از تملیك دین‌مینماید اگر محال علیه مفلس شود محتال حق رجوع بمحیل را خواهدداشت زیرا که محیل بایع‌است وبایع‌بایدمبیع‌را بقبض مشتری بدهدواگرمبیع‌قبل‌از تسلیم‌تلف شودبایع بایداز عهدهٔ‌ثمن‌بر آیدونواینکه‌این‌تلف مستند بفعل‌او نباشد(مادهٔ۳۸۷) لکن‌اگر درحین‌حواله محتال عالم باعسار محال علیه‌باشد در این صورت حق رجوع بمحیل را نخواهد داشت‌اگر چه حواله حکایت ازتملیك دین کند چه در هر حال خود محتال اقدام بضرر خود کرده‌است.

۷۷۲ – و نیز در حواله حقیقی و حوالهٔ که حکایت از تملیك دین میکند محال علیه حق ندارد که بعداز اداء بمحیل رجوع کند زیرا در هر صورت دینی را که اصلا بذمه او بوده است ادا کرده و بر عکس در حوالهٔ که مثمر ضمان میباشد یعنی در حواله که بر شخص بری میشود محال علیه حق دارد که پس از اداء بمحیل رجوع کرده و آنچه را که داده است از او مطالبه کند چنانکه مادهٔ ۷۳۱ در این موضوع مقرر میدارد که هر گاه «محال علیه مدیون محیل نبوده بعد از اداء وجه حواله میتواند بهمان مقداری که پرداخته است رجوع بمحیل نماید»

۷۷۳ – چون عقد حواله تا اندازهٔ شبیه بعقد ضمان بوده و بلکه در بعضی مواقع همان نتیجه عقد ضمان را میبخشد لذا احکام ذیل که در عقد ضمان هم قید شده در عقد حواله هم جاری خواهد بود ولو اینکه حواله حواله حقیقی باشد .

اولا – مطابق مادهٔ «۷۲۸ در صحت حواله ملائت محال علیه شرط نیست » چنانکه در صحت ضمان ملائت ضامن شرط صحت نمیباشد .

۷۷۴ – ثانیاً – بموجب مادهٔ ۷۲۹ « هر گاه دروقت حواله محال علیه معسر بوده ومحتال جاهل به اعسار او باشد محتال میتواند حواله را فسخ و بمحیل رجوع کند » چنانکه همین حکم بموجب مادهٔ ۶۹۰ در مورد ضمان هم مقرر ومضمون له میتواند درصورتجهل باعسار ضامن در حین ضمان عقد ضمان را فسخ وبمضمون عنه رجوع کند . در مورداین مادهٔ همان اشکالی موجود است که در مورد مادهٔ ۶۹۰ راجع بفسخ عقد ضمان درصورت جهل مضمون له باعسار ضامن در حین عقد مذکور شد واین اشکال باید بهمان طریق حل شود یعنی در این صورت باید برای فسخ اثر قهقرائی قائل گردیده ونتیجه آن عود بحال اول باشد بعبارت اخری بعد از فسخ حواله وضعیت محیل و محتال مثل آن خواهد بود که اصلا حواله واقع نشده باشد .

۷۷۵ – ثالثاً – حواله عقدی است لازم وهیچیك ازمحیل ومحتال ومحال‌علیه نمیتواند آنرا فسخ کند و مادهٔ ۷۳۲ که متضمن این حکم است همان مستثنیاتی را که مادهٔ ۷۰۱ در مورد ضمان قائل شده است قائل گردیده و اضافه مینماید که مگر در مورد مادهٔ ۷۲۹ یعنی در موقعی که محال علیه در موقع حواله معسر بوده و محتال جاهل باعسار اوبوده باشد ویا در صورتی که خیار فسخ شرط شده باشد .

۷۷۶ – برای تکمیل مطالب راجعه بعقد حواله باید این نکته نیز گفته شود که حواله بطوری که قبلا مذکور شد عقد تبعی است و در نتیجه عقد یا امر دیگری واقع میشود بنا بر این ممکن است بعد از هر عقدی که نتیجه آن التزام یک یاهر دوطرف معامله بدادن شیئی باشد عقدحواله نیز واقع‌شود مثلا ممکن است بعد ازعقد بیع بایع حواله دهد که مشتری ثمن را بشخصی بدهد یامشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را ازکسی بگیرد . در این مورد و نظائر آن باید معلوم شود که هر گاه عقد اصلی باطل یا فسخ شود تکلیف حواله چه خواهد بود بعبارة اخری اگر عقد اصلی باطل یافسخ شود حواله هم که عقد تبعی است بالتبع باطل یافسخ خواهد شد یا نه ؟

در این موضوع ماده ۷۳۳ بین موقع بطلان و موقع فسخ فرق گذاشته و مقرر میدارد که « اگر در بیع بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را بشخصی بدهد یا مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را از کسی بگیرد و بعد بطلان بیع معلوم گردد حواله باطل میشود و اگر محتال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد ولی اگر بیع بواسطه فسخ یا اقاله منفسخ شود حواله باطل نبوده لیکن محال علیه بری و بایع یا مشتری میتواند بیکدیگر رجوع کند. » طرز انشاء این ماده خالی از انتقاد نیست ولی چون برای درك ایراد وارد بر آن باید قبلا مفاد ماده توضیح شود لذا صحبت در اشکال راجع بطرز انشاء ببعد موکول میگردد .

مطابق مادهٔ مزبوره اگر بطلان عقد بیع معلوم گردد عقد حوالههم که بتبع عقد بیع‌واقع شدهبود باطل خواهد گردید و این حکم طبیعی است زیرا که عقد مبتنی براساس باطل باطل‌است و چون بیع باطل بوده و نتوانسته است که برذمه بایع یا مشتری ایجاد دینی نماید تامورد حواله واقع شود لـذا عقد حواله هم نتوانسته است صحیحاً واقع گردد و بنا براین کان لم یکن خواهد بود .

در مورد فسخ هم اگر همین استدلال بشود شاید نتیجه آن گردد که در اثرفسخ عقد بیع عقد حواله هم از بین برود چه همینکه اصل از بین رفت دیگر فرع نمیتواند باقی بماند ولی اگر درست دقت گردد ملاحظه خواهد شد که نسبت بفسخ عقد اصلی‌این طریق استدلال مورد ندارد چه راست است که عقد حواله بتبع عقد بیع واقع شده و بطلان بیع باید موجب بطلان حواله هم باشد ولی همینکه عقد بیع صحیحاً واقع شد عقد

حواله هم بتبع آن صحیحاً واقع میگردد و بعد از اینکه بصحت وقوع یافت خود استقلال ذاتی تامی پیدا مینماید و دیگر بهم خوردن عقد بیع بواسطه اقاله یا فسخ نمیتواند درعقد حواله مؤثر گردد و حکم مادهٔ ۷۳۳ که راجع بعقد بیع ذکر شده بموجب قسمت اخیر این ماده در مورد سایر تعهدات نیز جاری خواهد بود .

اما اشکال موجود برعبارات مادهٔ ۷۳۳ از این قرار است که مادهٔ مزبوره میگوید « اگر بیع بواسطه فسخ یا اقاله منفسخ شود حواله باطل نبوده لیکن محال علیه بری و بایع و مشتری میتوانند بیکدیگر رجوع کنند » و حال آنکه برای امکان رجوع بایع بر مشتری فرضی نمیتوان تصور نمود جزاگر بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را بشخصی بدهد بایع محیل و مشتری محال علیه و شخص ثالث محتال خواهدبود وبموجب حکم این ماده مشتری که ثمن را بشخص ثالث داده از حیث محال علیهی بری و باید برای اخذ مثل یابدل ثمن ببایع رجوع کند و اگر بر عکس مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را از کسی بگیرد مشتری محیل و بایع محتال و شخص ثالث محال علیه خواهد بود در اینصورت نیز شخص ثالث که ثمن را ببایع داده از حیث محال علیهی بری و مشتری باید برای اخذ ثمن ببایع رجوع کند مختصر آنکه نسبت بهر دو فرضی که بموجب مادهٔ ۷۳۳ پیش بینی شده است حق رجوع با مشتری میباشد و برای امکان رجوع بایع بمشتری فرضی نمیتوان تصور نمود تااین جمله ماده که « بایع یا مشتری میتوانند بیکدیگر رجوع کنند » صحیح باشد و شاید برای توجیه عبارت گفته شود که مقصود امکان رجوع بایع بمشتری در صورتی بوده است که بجای ثمن مثمن مورد حواله واقع بشود که در این صورت بعد از فسخ بیع بایع باید برای مثمن رجوع بمشتری کند ولی این توجیه خارج از فرض است و بهیچوجه با مفاد ماده نمیتواند سازگار شود .

فصل شانزدهم

در کفالت

۷۷۷ – مادهٔ ۷۳۴ کفالت را بطریق ذیل تعریف میکند : « کفالت عقدی است که بموجب آن احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد میکند .

متعهد را کفیل شخص ثالث را مکفول و طرف دیگر را مکفول‌له میگویند .»

عقد کفالت در مواردی واقع میشود که یکنفر نسبت بدیگری ادعای حقی نماید و بیم آن رود که مدعی علیه فرار کند و یامخفی شود .

در مسائل حقوقی توسل بکفالت خیلی کم اتفاق میافتد ، معذالك بموجب قانون‌اصول محاکمات حقوقی یکی از طرق تامین مدعابه اخذ کفیل است از مدعی علیه و برعکس‌در مسائل جزائی اخذ کفیل از متهم که سمت مدعی علیه را دارد امر عادی و یومیه است و غالباً مستنطقین متهمین را بقید کفیل آزاد مینمایند .

۷۷۸ - چنانکه در ضمان عقدی برای صحت عقد رضای مضمون عنه شرط نیست در عقد کفالت هم رضای مکفول که در واقع بمنزله مضمون عنه است شرط صحت نمیباشد و مطابق ماده ۷۳۵ کفالت فقط « برضای کفیل و مکفول له واقع میشود » ولی بدیهی است که کفیل شدن کسی از دیگری بدون رضا و اطلاع او بندرت اتفاق میافتد و غالباً کفیل برای کفالت حاضر نمیشود مگر در اثر درخواست خود مکفول. در هر حال نه فقط رضای مکفول شرط صحت عقد نیست حتی علم کفیل بثبوت حقی بر عهده‌مکفول نیز شرط صحت عقد نمیباشد یعنی برای صحت عقد لازم نیست که حتماً حقی بر عهده مکفول ثابت شده باشد و کفیل هم از آن مسبوق باشد بلکه چنانکه ماده ۷۳۶ مقررمیدارد « دعوی حق از طرف مکفول‌له کافی است اگر چه مکفول منکر آن باشد » و درحقیقت غالباً کفالتی که در امور جزائی واقع میشود مربوط بهمین مورد است یعنی مکفول در مقابل ادعای مدعی اعم از مدعی‌العموم یا مدعی خصوصی جرم را انکار مینماید ومعذالك از او مطالبه کفیل میشود.

۷۷۹ - در هر صورت بموجب عقد کفالت کفیل متعهد میشود که مکفول را حاضر نماید و این تعهد او ممکن است بطور مطلق باشد یعنی تعهد کند که هر وقت احضار مکفول تقاضا شد او را احضار کند و یا بطور مؤجل یعنی تعهد کند که مکفول را در فلان روز یا تا فلان روز حاضر نماید . در این مورد ماده ۷۳۷ مقرر میدارد که « کفالت ممکن است مطلق باشد یا موقت و در صورت موقت بودن باید مدت آن معلوم باشد. » عبارت این ماده تا اندازهٔ قابل انتقاد است زیرا که از جمله «کفالت‌موقت» مقصودی که قانون داشته است متبادر بذهن نمیشود و معنی ظاهری کفالت موقت آنست که

کفیل تاموعد معینی کفالت کرده باشد و اگر موعد منقضی بشود دیگر کفیل نخواهد بود وحال آنکه از مفاد مادهٔ ۷۳۹ که بموجب آن در کفالت موقت مکفول له حق ندارد قبل از رسیدن موعد احضار مکفول را مطالبه نماید چنین مستفاد میشود که مقصود از کفالت موقت کفالت مؤجل است در مقابل کفالت حال‌ونه کفالت موقت بنحوی که از ظاهر این‌عبارت متبادر بذهن‌میشود وعلی ای تقدیر وبرعکس آنچه که ماده مزبورد در مورد کفالت موقت یامؤجل مقرر داشته است در مورد کفالت مطلق قسمت اول همان ماده مقرر میدارد که مکفول له هر وقت بخواهد می تواند احضار مکفول را تقاضا نماید.

۷۸۰ـ درعقد کفالت اعم از اینکه حال باشدیا مؤجل کفیل باید تعهد خود را انجام داده وبطوری که در ماده ۷۴۰ مقرر است مکفول رادر زمان ومکانی که تعهد کرده‌است حاضر نماید والا باید از عهده حقی که بر عهده مکفول ثابت میشود برآید.

۷۸۱ - برآمدن از عهده حقی که برعهده مکفول ثابت میشود در صورتی است که درعقد کفالت کفیل آنرا صراحتاً بعهده گرفته وباعقد بطور مطلق وحاکی از تعهد کفیل براحضار مکفول باشد بدون اینکه معین شده باشد که در صورت عدم احضار تعهد کفیل چه خواهد بود و اگر بر عکس در عقد کفالت کفیل ملتزم شده باشد که در صورت عدم احضار مکفول مالی بدهد در این صورت مطابق ماده ۷۴۱ بایدبنحوی که ملتزم شده است عمل کند و حکم مندرج در این ماده نتیجه حکم کلی است که در ماده ۲۳۰ مقرر و بموجب آن « اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی بعنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمیتواند او را ببیشتر یا کمتر از آنچه کهملتزم شده است محکوم کند »

۷۸۲ - پس بطوریکه بموجب ماده ۷۴۰ مقرر شده است کفیل باید مکفول را در مکانی که تعهد کرده است حاضر نماید ولی ممکن است که در عقد کفالت کفیل احضار مکفول را تعهد کرده باشد بدون اینکه مکان حضور را معین بکند در این صورت مطابق ماده ۷۴۲ کفیل باید مکفول را در محل عقد تسلیم کند مگر اینکه عقد منصرف بمحل دیگر باشد و انصراف عقد بمحل دیگر هم البته بقرائن و امارات معلوم میشود مثلا اگر مستنطقی کفالت شخصی را که نسبت بمتهم مینماید بدون تعیین محل حضور قبول کند بدیهی

است که محل حضور همان محضر خود مستنطق خواهد بود . در هر حال ممکن است که در موقع معین برای حضور، مکفول غایب باشد در این صورت مطابق مادهٔ ۷۴۳ « بکفیل مهلتی که برای حاضر کردن مکفول کافی باشد داده میشود »

۷۸۳ – چون کفیل باید مکفول را در زمان و مکانی که بموجب کفالت مقرر شده‌است حاضر نماید لذا تسلیم مکفول درغیر زمان‌ومکان مقرر موجب برائت کفیل نبوده‌ومکفول‌له نیز مکلف برقبول این احضار نخواهدبود چنانکه مادهٔ ۷۴۴ در این مورد مقرر داشته است که « اگر کفیل مکفول را در غیر زمان ومکان مقرر یابرخلاف شرایطی که کرده اند تسلیم کند قبول آن بر مکفول له لازم نیست لیکن اگر قبول کرد کفیل بری می شود » واگر مکفول له مکلف نمیباشد که احضار بر خلاف مقررات عقد را قبول کند خود اونیز میتواند از کفیل تقاضائی برخلاف مقررات بین طرفین کند وهمین‌نکته درآخر مادهٔمذکور بطریق ذیل بیان‌شده است : « و همچنین اگر مکفول له برخلاف مقرر بین طرفین تقاضای تسلیم نماید کفیل ملزم بقبول نیست . »

۷۸۴ – لازم نیست که کفالت همه وقت بموجب عقدی واقع شود بلکه ممکن‌است در یك مورد بخصوص یك‌نفر بمنزله کفیل محسوب و تابع احکام راجعه بکفیل باشد بدون اینکه این وضعیت در نتیجه عقدی احداث شده باشد. مورد مزبور عبارتست از موردی که بموجب مادهٔ ۷۴۵ پیش بینی شده است ماده مزبوره مقرر میدارد که « هر کس شخصی را از تحت اقتدار ذیحق یاقائم مقام او بدون رضای او خارج کنددر حکم کفیل است وباید آن شخص را حاضر کند و الا باید از عهدهٔ حقی که براو ثابت شود برآید . » مثلا اگر کسی برای تأدیه محکوم بهی توقیف باشد ودیگری اورا بدون اذن محکوم له یاقائم مقام او ویا بدون حکم محکمه از توقیف خارج کند ، باید از عهده محکوم به بر آید وگرچه در مادهٔ ۷۴۵ مندرج است که چنین شخص « باید از عهدهٔ حقی که بر مکفول ثابت شود برآید » ولی‌این عبارت منافات بابرآمدن از عهدهٔ حقی که قبلا ثابت بوده‌است نخواهد داشت چه بر فرض اینکه اصولا برای استدلال بطریق اولویت مانعی تصور گردد دراین مورد بخصوص مانعی بنظر نمیرسد .

۷۸۵ – کفیل باانجام تعهد خود بری میشود لیکن موارد برائت او منحصر بهمین مورد نبوده ومادهٔ ۷۴۶ برای برائت کفیل شش مورد معین میکند .

مطابق مادهٔ مزبوره کفیل در موارد ذیل بری میشود :

۱ - در صورت حاضر کردن مکفول بنحوی که متعهد شده است . بدیهی است که اگر کفیل بنحویکه تعهد کرده مکفول را در زمان ومکان مقرر حاضر نماید تعهد خود را انجام داده وطبیعتاً باید بری گردد وچون ممکن است که کفیل مکفول را مطابق شرایط مقرره حاضر کند و مکفول‌له از تسلیم او امتناع نماید در این صورت مطابق مادهٔ ۷۴۷ کفیل با اشهاد یا مراجعه بحاکم بری میشود .

۲ - در صورتیکه مکفول درموقع مقرر شخصاً حاضر شود . اگرچه در مادهٔ ۷۴۶ حضور مکفول مقید بموقع مقرر شده است و ازمکان مقرر صحبتی بمیان نیامده است ولی مسلم است که با حضور مکفول درموقع مقرر ولی نه درمکان مقرر کفیل بری نمیشود واگر در مادهٔ مزبوره بمکان اشاره نشده است از اینجهت است که حضور در غیر مکان مقرر را نمیتوان حضور نامید . در هر صورت همانطور که ضامن در صورت تأدیه شدن دین از طرف خود مضمون عنه بری میشود همانطور کفیل در صورتیکه خود مکفول حاضر گردد بری خواهد شد چه درحقیقت موضوع کفالت منتفی میشود .

۳ - در صورتیکه ذمه مکفول بنحوی از انحاء از حقی که مکفول‌له بر او دارد بری شود . چون مقصود از کفالت تأمین مافی‌الذمه مکفول بوده و اگر ذمه مکفول بنحوی از انحاء از حقی که مکفول‌له داشت بری گردد مثل اینست که مکفول دینی را که علت کفالت بوده ادا نماید در این صورت بدیهی است که همخود وهم کفیل بری میشود .

۴ - در صورتیکه مکفول‌له کفیل را بری کند . این موردنیز نتیجه حکم کلی است که هر تعهدی بوسیله ابراء ساقط میشود .

۵ - در صورتیکه حق مکفول له بنحوی از انحاء بدیگری منتقل شود — انتقال حق مکفول له بدیگری یکنوع تبدیل تعهد است که با تبدیل داین واقع میشود و چون کفالت یکنوع وثیقه‌ایست که برای اطمینان از استیفای حق مکفول‌له ایجاد شده است و مطابق مادهٔ ۲۹۳ « در تبدیل تعهد تضمینات تعهدسابق به‌تعهدلاحق تعلق نخواهد گرفت مگر اینکه طرفین معامله آنرا صراحتاً شرط کرده باشند . » لذا در صورت انتقال حق مکفول‌له بدیگری کفیل باید بری شود مگر اینکه منتقل الیه‌انتقال را با شرط عدم برائت کفیل قبول کرده باشد . در این صورت ممکن‌است سؤال شود که آیا رضای کفیل لازم

خواهد بود یا نه و بدیهی است که جواب این سؤال جواب منفی است چه مکفول‌له حق دارد هر تصرفی که بخواهد در اموال وحقوق خود بنماید وتعهد کفیل باحضار مکفول حقی است متعلق بمکفول‌له و بنابر این مشار الیه میتواند بدون رضای کفیل این حق خود را بدیگری منتقل نماید.

۶ - در صورت فوت مکفول. چون تعهد کفیل احضارمکفول بوده وبا فوت مکفول انجام این‌تعهد ممتنع میگرددلذا تعهد باید از بین‌برود.

۷۸۶ - بموارد برائت کفیل که بموجب ماده ۷۴۶ مقرر است باید موارد ذیل هم اضافه شود:

۷ - در صورتیکه مکفول را شخص ثالثی حاضر و بمکفول‌له تسلیم کندچه دراین صورت نیز مثل اینست که شخص ثالثی‌دین‌مدیونی را ادا نماید.

۸ - در صورت فوت کفیل - برای حصول برائت ذمه کفیل در صورت فوت او نصی در قانون مدنی موجودنیست و برعکس مطابق ماده ۷۴۸ « فوت مکفول له موجب برائت کفیل نمیشود» ومستنبط از این ماده‌لزوم عقد کفالت است والا بایستی بفوت‌مکفول‌له کفیل بری گردد. وچون عقد کفالت عقدی است لازم بنا بر این بایستی گفته شود که بفوت کفیل عقد برطرف نمیگردد وذمه‌میت‌نیز بری نمیشود و حال آنکه ما عکس این را بیان نمودیم بدلیل اینکه راست است که عقد کفالت عقدی است لازم ولی در عین لزوم عقدی است که قائم بشخص کفیل بوده وبموت او ازبین میرود بدون اینکه مکفول له حق داشته باشد که انجام تعهد را از وراث اومطالبه نماید.

۷۸۷ - ممکن‌است یکنفر در مقابل اشخاص متعدد از شخص و احدی کفالت نموده باشد در اینصورت کفیل در مقابل هر یك از مکفول لهم تعهد مستقلی داشته و مطابق ماده ۷۴۹ بتسلیم مکفول بیکی از آنها در مقابل دیگران بری نمیشود.

۷۸۸ - و هم‌چنین مطابق ماده۷۳۸ ممکن است که یك‌نفر کفیل و دیگری کفیل کفیل باشد در این صورت بموجب ماده ۷۵۰ هر کفیل باید مکفول خود را حاضر کندو هر کدام از آنها که مکفول اصلی را حاضر کرد او وسایرین بری میشوند و هر کدام که بیکی از جهات مزبوره در ماده ۷۴۶ و یا بیکی از جهات اضافی مذکور فوق‌بری‌شد کفیلهای مابعد او هم بری‌میشوند.

۷۸۹ — روابط کفیل و مکفول تقریباً مطیع همان قاعدهٔ کلی است که در روابط ضامن و مضمون عنه مقرر است یعنی کفیل حق رجوع بمکفول ندارد مگر بعد از اداء حقی که بعهدهٔ او میباشد و مشروط بر اینکه کفالت یااداء باذن مکفول بوده باشد. معهذلك در صورتی‌هم که کفالت باذن مکفول بوده، کفیل نمیتواند باتمکن ازاحضار مکفول حقی را که بعهدهٔ او است اداء کند و اگر اداء نماید حق رجوع بمکفول نخواهد داشت‌زیرا که تعهد کفیل باحضار مکفول است و متعهد باداء حق مکفول‌له نخواهد بود مگر در صورتیکه نتواند مکفول را حاضر نماید و هر گاه با تمکن در احضار از اقدام باین امر خود داری نمود و مکفول راحاضر نکرد تا از ادعای مکفول‌له دفاع نموده و شایدعدم حقانیت اورا ثابت نماید حق رجوع باو نخواهد داشت.

مراتب فوق را مادهٔ ۷۵۱ بطریق ذیل بیان مینماید « هر گاه کفالت باذن مکفول بوده وکفیل باعدم تمکن از احضار حقی را که بعهدهٔ او است ادا نماید ، و یا باذن او اداء حق کند ، میتواند بمکفول رجوع کرده آنچه‌را که داده اخذ کند و اگر هیچیك (یعنی نه کفالت و نه اداء) باذن‌مکفول نباشد حق رجوع نخواهد داشت »

فصل هفدهم

در صلح

۷۹۰ — برای رفع تنازع و قطع خصومات سه طریق حل موجود است که‌دررأس آنها اصلاح ذات البین میباشد و دو طریق دیگر عبارتست از توسل بحکومت حکم واقامه دعوی در محاکم. و غالباً متخاصمین عاقل و باتجربه جهد میکنند که تنازع خود رابطریق صلح قطع نمایند زیرا که همیشه ختم دعوی باین طریق کم خرج تر و آبرومند تر است پس صلح عقدی است که رافع دعوی میباشد .

برعکس سایر عقود که تقریباً برای تمام آنها در قانون مدنی تعریف خاصی ذکر شده است برای عقد صلح در قانون مزبور تعریفی موجود نیست لیکن از تلفیق مادهٔ ۷۵۲ که راجع بموارد صلح است و مادهٔ ۷۵۸ که راجع‌بصلح در مقام معاملات است میتوان‌برای این عقد تعریفی استخراج‌نمود.

مادتین مزبوره از قرار ذیل است :

ماده۷۵۲ـ « صلح ممکن است یادر مورد رفع تنازع موجود و یاجلوگیری ازتنازع احتمالی یادر مورد معامله وغیر آن واقع شود. »

ماده۷۵۸ـ « صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معاملهٔ را که بجای آن واقع شده است میدهد لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله‌راندارد بنابر این اگر مورد صلح عین باشد در مقابل عوض نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایطواحکام خاصه بیع در آن مجری شود. »

پس بامداقه درمفاد دو ماده فوق میتوان صلح را بطریق ذیل تعریف نمود :

« صلح عقدی است که بموجب آن طرفین متعاقدین تنازع موجودی را قطع و یااز تنازع احتمالی جلوگیری مینمایند ویا بموجب آن طرفین مزبور معامله دیگری مینمایند بدون اینکه شرایط و احکام خاصه آن معامله لازم الرعایه باشد. »

۷۹۱ - از تعریف مزبور فوق معلوم میشود که دو قسم صلح موجود است : صلح حقیقی که برای رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی واقع‌میشودوصلح درمقام معامله که بجای معاملهٔ از معاملات دیگر واقع میگردد.

برای منافعی که بر صلح حقیقی مترتب میشود منکری موجود نیست، لیکن نسبت به صلح در مقام معامله میتوان ایراد نمود که بچه دلیل باید بمتعاملین حق داده شود ازاحکام و شرایط خاصهٔ که قانوناً برای هریك از معاملات مقرر است منحرف گردند، بعبارة اخری بچه دلیل باید قانون راه انحراف ازمقررات خودرا بازکند . علت این ترتیب آنست که قانون میخواهد قصد طرفین را تا اندازهٔ که مخالف با انتظامات عمومی نباشد رعایت کند و بنابر این باید بمتعاملین طریقی ارائه شود که هرگاه بخواهند معامله معینی نمایند بدون اینکه مقید برعایت شرایط و احکام خاصه آنمعامله بشوند بدانطریق متوسل گردند، و با امکان عقد صلح بجای معاملات دیگر ممکن است مثلا طرفین، معامله جایزی را بنحولزوم واقع سازند، یا عقد بیعی منعقد کنند که در آن خیار مجلس و یاخیار تأخیر ثمن نباشد. چنانکه مطابق ماده ۷۵۹ در صلح حق شفعه نیست هر چند در مقام بیع واقع شده باشد اگرچه باحکم کلی مندرج در ماده ۷۵۸ تصریح باین موضوع لزومی نداشت لیکن چون ممکن بود تصور شود که اخذ بشفعه از احکام خاصه بیع نیست لذا این نکته بخصوص

علیحده تصریح شده است .

۷۹۲ - در هر حال مطابق ماده ۷۵۳ برای صحت عقد صلح بهر طریق و در هر موردی که واقع شود طرفین باید برای معامله و تصرف در مورد صلح اهلیت داشته باشند ، زیرا که در حقیقت نتیجه صلح صرف نظر کردن ازتمام یا از بعض‌حق‌است ، وحتی کاهی نتیجه آن نقل و انتقال ویا تملیك و تملك است و بنابر این طرفین متعاملین‌وحتی طرفی که بموجب صلح موضوع تنازع درمقابل تادیه شیئی یاانجام عملی باو تعلق میگیرد ، باید برای تصرف در مورد صلح اهلیت داشته باشد.

۷۹۳ - برای وقوع صلح حقیقی لازم است که حتماً حق مشکوك یا متنازع‌فیهی موجود باشد ، بعبارة اخری باید حقی باشد که فعلا متنازع فیه است و یا محتمل است که مورد تنازع گردد ، والاصلح‌صلح حقیقی نبوده و بجای یکی از معاملات دیگر از قبیل بیع یاهبه یا تقسیم و غیره واقع خواهد شد ، ودر اینصورت احکام صلح در آن جاری بوده ولی احکام خاصه معامله معینی که صلح در مقام آن واقع شده است مرعی نخواهد شد.
در صلح حقیقی همینقدر کافی است که حقی مورد تنازع فعلی یا احتمالی باشد ، وبرعکس لازم نیست که حتماً حقی موجود باشد تامورد صلح‌گردد . و تشخیص اینکه حق مشکوك یامردد است ، و یامورد تنازع فعلی یااحتمالی است باخود متعاقدین است ونه باحاکم قضیه ، چه ممکن است بنظر حاکم قضیه یاهر شخص دیگری حق‌مشکوك یا مردد نبوده ، ولی بنظرطرفین مشکوك و مورد تنازع باشد ، وبهمین جهت است که مادة ۷۵۵ مقرر میدارد که « صلح باانکار دعوی نیز جایز است . » وچون نسبت به حقی هم که مورد انکار طرف است‌ممکن است طرف دیگر برای احتراز از محاکمه طولانی مثلا ، صلاح خود را در تقاضای صلح تشخیص دهد ، ولی از ترس اینکه این تقاضا حمل باقرار نگردد از اظهار آن خود داری نماید ، لذا ماده مذکور فوق اضافه مینماید که « درخواست صلح از طرف منکر اقرارمحسوب نمی شود . »

پس برای امکان وقوع صلح حقیقی ، وجودحقی که فعلا یا احتمالا متنازع فیه باشد کافی خواهد بود . لیکن‌هر حقی هم که فعلا مورد تنازع باشد ویا احتمال تنازع در آن برود نمیتواند مورد صلح گردد ، چه بطوریکه مذکور شد نتیجه صلح نقل وانتقال ویا تملیك وتملك است ، واز طرف دیگر موردصلح باید قابل تصرف باشد تاطرفین بتوانند چنانکه

از مادهٔ ۷۵۳ مستنبط است درآن تصرفی بنمایند ، بنابراین هر حقی که قابل نقل وانتقال نباشد نمیتواند مورد مصالحه واقع گردد. مثلا اگر مورد منازعه صغر یا کبر یکی ازطرفین باشد چنین تنازعی ممکن نیست مورد صلح واقع شود وهمینطور است کلیه مسائل مربوطه باحوال اشخاص از قبیل نسب یازوجیت وغیره.

۷۹٤ ـ همانطور کهمسائل مربوطه باحوال شخصی نمیتواند مورد صلح واقع گردد همانطور مسائل مربوطه بهانتظامات عمومی نیز نمیتواند مورد-این عقد شود و بنا براین متهم نمیتواند در مورد دعوی عمومی بامدعی العموم یا بامدعی خصوصی صلح کند، معذالك قانون مجازات عمومی این اصل را کاملا متابعت نکرده ودر مورد بعضی از جرمها که بنظر قانون گذار از حیث انتظامات عمومی اهمیت خاصی را حائز نمیباشد، اجازه داده است که مدعی خصوصی هم نسبت بحقوق خصوصی ناشی ازجرم وهم نسبت بدعوی عمومی بامتهم صلح کند .

حق صلح مدعی خصوصی نسبت بحقوق خصوصی ناشی از جرم درتمام موارد جایز ومادهٔ ۷۵۶ قانون مدنی در این موضوع مقرر میدارد « حقوق خصوصی که ازجرم تولید میشود ممکن است مورد صلح واقع شود. » با مسلمیت عدم جواز صلح در مسائل مربوطه بانتظامات عمومی بطلان صلح برامر نامشروع نیز مسلم خواهد بودچنانکه مادهٔ ۷۵٤ مقرر میدارد که « هرصلح نافذ است جز صلح برامری کهغیر مشروع باشد.»

اگر چهاز مفهوم این مادهٔ شاید بتوان استدلال نمود که صلح بر امر غیر مشروع باطل نیست وفقط غیر نافذ است، ولی بدیهی است که مادهٔ مزبوره نمیتواند چنین مفهومی داشته باشد، زیرا در صورت داشتن چنین مفهوم نتیجه آن میشد که اگر بعد از علم طرفین عقد به نامشروع بودن امر ، صلحرا امضاء وتنفیذ کنند صلح باید صحیح محسوبشودوحال آنکه موافق اصل کلی موضوع معامله نمیتواند امر نا مشروع باشد و هر معاملهٔ که چنین موضوع داشته باشد محکوم ببطلان است، بنا بر ابن باید یك دفعه دیکر اذعان نمود که در قانون مدنی همیشه بلغت نفوذ یا عدم نفوذ همان معنی خاصی که در فصل راجع بشرایط اساسی صحت معاملات ذکر نمودیم داده نشده است. و بلکه گاهی لغت نفوذ بجای صحت و عدم نفوذ بجای بطلان استعمال شده است و مسلماً در مادهٔ ۷۵٤ مقصود این بوده است که هر صلح صحیح است جز صلح بر امر نامشروع و در این صورت مفهوماً صلح بر

امر نا مشروع باطل بوده و امضای بعدی نمیتواند مصحح آن گردد .

۷۹۵ – در هرحال صلحی که صحیحاً واقع میشود اگر در مقام معامله دیگری واقع شده باشد نتیجه واثر همان معامله را میبخشد (مادهٔ ۷۵۸) و اگر بعنوان صلح حقیقی بوده یعنی در مورد تنازع یامبنی برتسامح باشد قاطع بین طرفین است، و مطابق مادهٔ ۷۶۱ که«این قطعیت را مقرر میدارد«هیچیك از طرفین نمیتواند آنرا فسخ کند اگر چه بادعاء غبن باشد مگر در صورت تخلف شرط یااشتراط خیار .»

ازمفاد مادهٔ مزبور مستفاد میشودکه صلح بهمان اندازهٔ که حکم حاکم قاطع بین متداعین است قاطع میباشد، وبنا براین هیچیك از طرفین حق ندارد نسبت بتنازعی که مورد صلح بوده است آغاز سخن نماید، واگر چنین اقدامی نمود حاکم قضیه نمیتواند بماهیت دعوی که مورد صلح بوده است وارد گشته تشخیص طرف حق را بدهد، بلکه مکلف است که مصالحه واقعه را قطعی تلقی و بر طبق آن حکم دهد مگراینکه دعوی راجع ببطلان صلح باشد که در این صورت نیز پس از تشخیص صحت صلح مقررات آنرا باید بموقع اجرا گذارد، وحتی غالباً عادت براین جاری شده است که در ضمن عقد صلح یعنی عقدصلحی که برای رفع تنازع فعلی یاجلوگیری از تنازع احتمالی واقع میشود شرط میکنند که هر یك ازطرفین که تجدید مطلع وآغاز سخن کند فلان مبلغ مجاناً بطرف دیگر بدهد .

اگر صلح از حیثیات مذکورهٔ فوق شباهت تامی باحکم محکمه دارد برعکس از جهت مذکور ذیل بین صلح وحکم محکمه فرق مهمی موجود است وآن این است که هرگاه حکم راجع بمسائل متنازع فیه مختلفه باشد ممکن است که نسبت ببعضی ازآن مسائل تنفیذ یا ابرام ونسبت ببعض دیگر فسخ یا نقض شود، وحال آنکه اگر مسائل متنازع فیهای مختلفه مورد یك عقد صلح واقع شود ممکن نیست که صلح نسبت ببعض از آنها صحیح و نسبت ببعض دیگر باطل محسوب گردد. چه در مقام صلح کلیه مسائل مزبوره مسئله واحدهٔغیر قابل تفکیکی راتشکیل میدهند وطرفین عقد بادر نظر گرفتن فردفرد آنها شرایط صلح رامعین مینمایند بنحویکه اگر ببطلان صلح درمورد یکی ازآنها عالم میبودند شرایط‌صلح‌را بنحو دیگر مقرر میداشتند، بنا براین اگر صلح صحیح باشد نسبت به تمام مسائل متنازع فیه صحیح واگر باطل باشد نسبت بهمه آنها باطل خواهد بود .

۷۹۶ – مادهٔ ۷۶۱ که فوقاً مذکور شد بعد از اعلام قطعیت صلحی که در مورد

تنازع یا مبتنی بر تسامح باشد میگوید که « هیچیك از طرفین نمیتواند آنرا فسخ کند اگر چه بادعاء غبن باشد مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار. » از مفاد این قسمت مادهٔ چنین ممکن است استنباط نمود که عقد صلح قابل فسخ نمیباشد مگر بوسیله خیار تخلف شرط و یا شرط خیار و حال آنکه مادهٔ ۷۶۴ فسخ صلح را بوسیله خیار تدلیس نیز تجویز میکند چه مادهٔ مزبوره مقرر میدارد که « تدلیس در صلح موجب خیار فسخ است » پس از مجموع مادتین ۷۶۱ و ۷۶۴ معلوم میشود که صلح را فقط بوسیله سه خیار از جمله خیارات میتوان فسخ نمود : خیار تخلف شرط ـ خیار تدلیس وخیار شرط ودرغیر این موارد صلح قابل فسخ نیست ولواینکه درمقام عقد جایزی واقع شده باشدولی بدیهی است که چون هرعقد لازمی را هم میتوان باقاله برهم زد لذا عقد صلح هم باقاله منفسخ میشود چنانکه همین معنی بموجب مادهٔ ۷۶۰ نیز تصریح شده است و مادهٔ مزبوره از اینقرار است « صلح عقد لازم است اگر چه در مقام عقود جایزه واقع شده باشد و بر هم نمیخورد مگر در موارد فسخ بخیار یا اقاله. »

۷۹۷ ـ علاوه برموارد بطلان صلح ازقبیل صلح برامر نامشروع یا صلح درمسائل مربوطه باحوال شخصیه و غیره که قبلا و بنحو اتفاق مذکور گردیده قانون مدنی چند مورد دیگر برای بطلان صلح مقرر داشته است .

اولا ـ بموجب مادهٔ ۷۶۲ « اگر در طرف مصالحه و یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد صلح باطل است. »

ثانیاً ـ مطابق مادهٔ ۷۶۵ « صلح دعوی مبتنی برمعامله باطله باطل است .... »

ثالثاً ـ بموجب مادهٔ ۷۶۷ « اگر بعد از صلح معلوم گردد که موضوع صلح منتفی بوده است صلح باطل است . »

پس بموجب مواد فوق چهار مورد ذیل برای بطلان صلح معین گردیده :

۱ ـ اشتباه درطرف مصالحه ۲ ـ اشتباه درمورد صلح ۳ ـ منتفی بودن موضوع صلح ۴ ـ صلح دعوی مبتنی برمعامله باطله و ما این چهار مورد را یك یك تحت مداقه در میاوریم:

۷۹۸ ـ (الف) اشتباه در طرف مصالحه ـ مفاد مادهٔ ۷۶۲ که بموجب آن « اگر در طرف مصالحه .... اشتباهی واقع شده باشد صلح باطل است » ظاهراً مخالفت صریح با مادهٔ ۲۰۱ دارد چه مطابق مادهٔ مزبوره « اشتباه در شخص طرف بصحت معامله خللی

وارد نمیاورد مگر در مواردیکه شخصیت طرف علت عمده عقد باشد » و معلوم نیست که مقصود از ماده ۷۶۲ همان اجرای حکم کلی مندرج در ماده ۲۰۱ بوده و یا ماده‌مذکور مخصوصاً تدوین شده است تا از حکم کلی استثناء شده و در مورد عقد صلح اشتباه در شخص طرف مطلقا موجب بطلان عقد گردد اگر چه شخصیت طرف علت عمده عقد نباشد .

برای حل این اشکال ممکن است گفته شود : هیچ دلیلی موجود نیست تا قانون در عقد صلح از حکم کلی منصرف شده و اشتباه در طرف معامله را موجب بطلان عقد قرار دهد ولو اینکه شخصیت طرف در وقوع عقد مدخلیتی نداشته‌باشد ، و اگر ماده ۷۶۲ بطور مطلق تدوین شده است باعتبار این است که بنظر قانون درعقد صلح همیشه شخصیت طرف علت عمده عقد میباشد، زیرا که تقریباً همیشه عقد صلح مبنی‌بر تسامح است وانسان درمقابل هرکس مسامحه واغماض نمینماید بلکه‌شخصیت‌طرف‌معامله‌طرف دیگررا وادار بگذشت میکند ، و بنا بر این اگر موردی یافت شود که عقد صلح قطع نظر از شخصیت طرف واقع شده باشد اشتباه در طرف مصالحه موجب بطلان نخواهد بود و چنین مورد اگر درعقد صلحی که‌بجای معاملات واقع میشود بندرت یافت گردد برعکس در عقد صلح حقیقی که برای رفع تنازع موجود و یا جاوگیری از تنازع احتمالی‌واقع میشودغالباً پیش می‌آید. چه در این قبیل مصالحه ها غالباً مقصود فصل خصومت و احترازاز محاکمه است ونه گذشت بطرف. در هرحال تایید اینکه در عقد صلح انحراف از اصل‌کلی لازم ، و اشتباه در شخص طرف باید مطلقا موجب بطلان عقد گردد خالی از اشکال بنظر نمیرسد .

(ب) اشتباه در مورد صلح ـ نسبت باین مورد از موارد بطلان صلح نیز بین ماده ۷۶۲ و ماده ۲۰۰ تناقضی بنظر میرسد چه ماده ۷۶۲ مقرر میدارد که « اگر... درمورد صلح اشتباهی واقع شده باشد صلح باطل است » و حال آنکه مطابق ماده ۲۰۰ « اشتباه در موضوع معامله موجب عدم نفوذ معامله است . »

برای رفع این تناقص نیز باید رجوع بتوضیحاتی شود که‌در اطراف ماده ۲۰۰ بیان شده است و حتی ماده ۷۶۲ توضیحات مذکوره را تایید نموده‌و ثابت میکند که‌اشتباه در مورد معامله موجب بطلان آنست ونه‌موجب عدم نفوذ آن، منتهای مراتب همان طور

که در مادهٔ ٧٥٤ لغت نافذ در مقابل غیر باطل استعمال شدهٔ همانطور هم در مادهٔ ٢٠٠ جمله عدم نفوذ بجای بطلان استعمال گشته .

در هرحال اشتباه در مورد صلح موجب بطلان آنست ، بنـا بر این اگر بین دو نفر دودعوی‌باشد یکی راجع بخانه واقع در طهران و دیگری راجع بخانه واقع در تبریز مثلا، و آنها نسبت بیکی از این دو دعوی صلح کنند لیکن احد طرفین قاصد صلح نسبت بدعوی مربوط بخانه طهران باشد و دیگری قاصد صلح نسبت بدعوی راجـع بخانه تبریز، این صلح بعلت اشتباه در مورد مصالحه و یا بعبارت اخری بعلت وقوع چیزیکه قصدطرفین نبودهٔ باطل محسوب است .

٧٩٩ - (ج) منتفی بودن موضوع صلح-بموجب مادهٔ ٧٦٧ « اگر بعدازصلح معلوم گردد که موضوع صلح منتفی بودهٔ است صلح باطل است. » در صلح بجـای معامله موضوع صلح وقتی منتفی است که شیئی مورد صلح وجود خارجی نداشته باشد مثلا در صلحی که بجای بیع واقع میشود اگر موضوع صلح یکباب خانه بودهٔ و بعد معلوم گردد که چنین خانه وجود نداشته و یا اگر بودهٔ است متعلق بمصالح نبوده است این صلح به علت انتفاء موضوع باطل خواهد بود. و در صلح حقیقی موضوع صلح وقتی منتفی محسوب است که اصلا دعوی مورد صلح وجود نداشته و یا نتوانسته باشد که وجود پیدا کندمثل اینکه یك کسی که وارث نبودن او مسلم است بامدعی علیه خود نسبت بسهم الارثی که ادعا میکند صلح نماید، و یا یك کسی دعوی خودراکه نسبت بثمن مبیع باطـل دارد صلح کند، این مصالحه ها بواسطه منتفی بودن موضوع باطل است چه‌در صورت اول دعوی‌مورد صلح اصلا وجود نداشته و در صورت دوم نتوانسته است که وجود پیدا کند .

٨٠٠-(د) صلح دعوی مبتنی‌برمعامله باطله - این مورد از موارد بطلان صلح به موجب مادهٔ ٧٦٥ مقرر شدهٔ است لیکن مادهٔ مزبورهٔ فوراً بعد از تصریح باینکه « صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله باطل است» اضافه مینماید « ولی صلح دعوی ناشی ازبطلان معامله صحیح است » و در این صورت این اشکال تولید میشود که آیا با امکان وقوع صلح بنحو صحت نسبت بدعوی ناشی از بطلان معامله، چگونه ممکن است صلح دعوی‌مبتنی برمعامله‌باطله‌باطل‌فرض شود ؟ وحال آنکه اگر بطلان معامله فی‌حدذاته و به تنهائی موجب بطلان صلح دعوی مبتنی برآنمعامله باشد، باید صلح دعوی ناشی ازخود بطلان هم‌باطل‌باشد.

اشکال مزبور را باین طریق میتوان حل کرد که اساساً هر صلحی که نتیجه آن ترتب اثر بر معامله باطله باشد ولو اثرجزئی، آن صلح باطل محسوب است، ولی اگر موضوع صلح خود حق اقامه‌دعوی باشد صلح صحیح است. چه حق اقامه دعوی حقی‌است نه فقط مسلم برای مدعی محق، بلکه برای مدعی بیحق نیز مسلم میباشد، و در این صورت صلح حق ادعا ولو اینکه آن ادعا مبتنی برمعامله باطله و یا ناشی از خودبطلان معامله باشد صحیح خواهد بود. و بهمین جهت است که مطابق مادهٔ ۷۵۵ صلح با انکار دعوی نیز جایز شمرده شده است، چه در این صورت مورد صلح نه حقی است که مورد ادعا بوده بلکه حق اقامه دعوی خواهدبود پس بطور مجمل میتوان گفت که بطلان‌صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله مورد خاصی از موارد بطلان صلح نبوده بلکه باید یکی از مصادیق بطلان صلح بعلت انتفاء موضوع محسوب شود.

۸۰۱ـ در صلح بمعنی حقیقی گاهی اتفاق میافتد که مورد صلح دعوی بخصوصی نبوده، بلکه طرفین عقد کلیه دعاوی واقعیه و فرضیه خود را موضوع صلح قرار میدهند. در این صورت مطابق مادهٔ ۷۶۶ « کلیه دعاوی داخل در صلح محسوب است اگر چه منشأ دعوی در حین صلح معلوم نباشد مگر اینکه صلح بحسب قرائن شامل آن نگردد. »

فرض مادهٔ فوق اینست که طرفین مصالحه کلیه دعاوی را که بین خود دارند و یا ممکن است داشته باشند مورد صلح قرار میدهند ولی منشأ یك یا چند دعوی معلوم نیست. مثلا احد طرفین نمیداند که مورث او ازطرف مصالحه طلبکار بوده و این طلب ارثاً باو منتقل شده است دراین صورت دعوی یا دعاوی هم که منشأ آنها در حین‌مصالحه معلوم نبوده، داخل در صلح محسوب است ولی اگر قرائنی موجود باشد و بوسیله آن بتوان ثابت نمود که مقصود صلح آن دعوی یا دعاوی نبوده است صلح شامل آن نخواهد بود.

۸۰۲ ـ عقد صلح از جمله عقود معوضه است بعبارة اخری هر یك از مصالح و متصالح برای خود نفعی منظور و عوضی اخذ میکند لیکن معوض بودن صلح از ارکان این عقد نمی باشد بنحویکه صلح بلاعوض باطل گردد چنانکه مادهٔ ۷۵۷ مقرر میداود که صلح بلاعوض نیز جایز است.

صلح بلاعوض غالباً در مقام هبه غیر معوض واقع میشود و چون بطوریکه درفصل

راجعه به هبه مذکور خواهد شد واهب میتواند در موارد خاصی از هبه رجوع کرده و آنرا بهم بزند، لذا برای اینکه این حق رجوع ازواهب سلب شود هبه را بصیغه صلح‌واقع میسازند. لیکن از ذکر این نکته نباید تولید شبهه شود باینکه در غیر این مورد صلح بلاعوض واقع نمیشود بلکه این مورد یکی از افراد برجسته صلح غیر معوض است.

۸۰۳ - در عقد صلح هرچیز یاهر عملی که بتواند موضوع تعهد و یا معامله گردد میتواند عوض مال‌الصلح قرار داده شود و حتی بموجب ماده ۷۶۸ « در عقد صلح ممکن است احد طرفین در عوض مال الصلحی که میگیرد متعهد شود که نفقه معینی همه ساله یا همه ماهه تا مدت معین تأدیه کند - این تعهد ممکن است بنفع طرف مصالحه و یا بنفع شخص یا اشخاص ثالث واقع شود. »

اگر چه در ظاهر و با مسلم بودن این نکته که در عقد صلح هرچیز یاهرعملی که بتواند موضوع تعهد یا معامله واقع گردد میتواند عوض مال‌الصالح نیز بشود ، تدوین ماده ۷۶۸ زائد بنظر میاید لیکن بدیهی است که مقصود از تنظیم ماده مزبوره ذکر امر بدیهی نبوده بلکه مقصود آن بوده است که حکمی هم راجع بیك نوع معاملهٔ که امروزه در اغلب از استقراض های دولتی متداول و ممکن است در ایران نیز مورد پیدا کند معین شده باشد . معامله‌مزبوره عبارتست ازآنچه که بفرانسه constitution de rente میگویند که ترجمه تحت‌اللفظی آن تاسیس عایدی میباشد و ما با اقتباس از ماده ۷۶۸ به تاسیس نفقه ترجمه مینمائیم .

در بعضی از ممالك اوروپا که در زمان قدیم اخذ تنزیل ممنوع بود صاحبان سرمایه پول خود را بمقترض تملیك میکردند بشرط اینکه در مدت معینی همه ساله یا همه ماهه مبلغی تأدیه کند و آنچه را که مقترض همه ماهه یا همه ساله بایستی بدهد طوری‌حساب میکردند که مساوی باشد با اصل سرمایه بانضمام تنزیلی که بان تعلق میگیرد و بعبارةاخری حیله شرعی ویاراه قانونی درست میکردند برای اینکه اخذ تنزیل مشروع شده باشدچنانکه در ایرانهم برای اخذ تنزیل بحیل و طرق مختلفه تشبث میشود.

امروز دیگر در ممالك خارجه برای تأسیس این قسم عایدی موجبی نمیباشدوبهمین جهت خیلی کم اتفاق میافتد که بین اشخاص عادی این قسم معامله واقع گردد لیکن چون دولتها عموماً برای احتراز از مطالبه مقرضین اغلب استقراضهای خود را با شرط عدم

التزام بتأدیه اصل وجه استقراض مینمایند، و مقرض فقط حق اخذ تنزیل پول خودرادارد، لذا عنوان معامله هنوز قانوناً فسخ نشده است - توضیح آنکه اکثر از استقراضها ی راجع بدول عالم که میزان آن شاید در هر دفعه استقراض بالغ بچندین صد ملیون ویاچندین ملیارد میباشد، باین طریق بعمل میاید که دولت یکمقدار اسناد قرض چاپ و منتشر مینماید. خریداران اسناد مزبوره مقرضین هستند ولی حق ندارند از دولت که مقترض است مطالبه اصل طلب خودرابکنند وهر کس که بخواهد باصل پول خود برسداسناد خودرا دربورسهای تجارتی بهنرخ روزمیفروشدواین نوع استقراض همان constitution de rente یاتأسیس نفقهمیباشد که بموجب ماده ٧٦٨ بنحو صلح پیش بینی شده است.

٨٠٤ - صلحی که بموجب آن تاسیس نفقه میشود گاهی نافع وبصرفه صاحب سرمایه است. مثلا اگر یك نفر پسر نااهلی داشته باشد وبیم آن رود که بعد از فوت او دارائی خود را تلف خواهد کرد میتواند بوسیله تاسیس نفقه بنفع و ارث خود زندگانی وارث را تااندازهٔ تامین کند، چنانکه مطابق ماده ٧٦٩ در تعهد مذکور در ماده ٧٦٨ بنفع هر کس که واقع شده باشد ممکن است شرط شود که بعد از فوت منتفع نفقه بوارث او داده شود، و بالاخره مطابق ماده ٧٧٠ صلحی که برطبق مادتین ٧٦٨و٧٦٩ واقع میشود به ورشکستگی یا افلاس متعهد نفقه فسخ نمیشود مگر اینکه شرط فسخ شده باشد .

فصل هیجدهم

در رهن

٨٠٥ - بطوریکه سابقاً هم مذکور گردید رهن بهترین وثیقه ایست که یکنفر دائن میتواند برای تضمین طلب خود تحصیل کند، چه عقد رهن بدائن حق عینی وبالنتیجه حق تعقیب و حق رجحان میدهد.

بموجب ماده ٧٧١ «رهن عقدی است که بموجب آن مدیون مالی را برایوثیقه بداین میدهد رهن دهنده را راهن و طرف دیگر را مرتهن میگویند» پس از این ماده معلوم میشود که عقدرهن برای ایجاد وثیقه منعقد میشود.

کلمه رهن علاوه بر اینکه اسم عقدی است که بموجب ماده ٧٧١ تعریف شدهاست

بجای جمله عین مرهونه یامال مرهون هم استعمال میشود،چنانچه در ماده ۷۸٤ که میگوید « تبدیل رهن بمال دیگر بتراضی طرفین جایز است »لغت رهن بمعنی مال مرهون استعمال شده است .

۸۰۶ - مطابق ماده ۷۷۲ « مال مرهون باید بقبض مرتهن یابتصرف کسیکه بین طرفین معین میگردد داده شود . » ولی از مفاد این ماده معلوم نیست که قبض مال مرهون شرط صحت عقد است یاخیر . از استثنائی کهدرذیل ماده مزبوره ذکر شدهوبموجب آن « استمرار قبض شرط صحت معامله نیست » میتوان استدلال نمودکه مقصود قسمتاول اینماده آنبوده است که قبض شرط صحت عقدقرار داده شود والا استثناء ذیل کهاستمرار قبض را شرط صحت قرار نمیدهد بیمورد میشد ، وگذشته از این نه فقط قسمت اول ماده بطور امر صریح مقرر میدارد که مال مرهون باید بقبض داده شود بلکه تصور رهنبدون قبض معقول نیست، چه در حقیقت فکر قبض متضمن در کلمه رهن است و اگر مالمرهون بقبض مرتهن یا کسیکه بین طرفین معین شده باشد داده نشود ایجاد وثیقه نمیگردد و حال آنکه مقصود از این عقدتحصیل وثیقه بوده است . لیکن از طرف دیگر اگر قبض مال مرهون شرط صحت عقد قرار داده شود بایدبالاجبار اذعان گردد که مرتهن حق مطالبه قبض را ندارد چه استحقاق مرتهن برای مطالبه قبض وقتی حاصل میشود که عقد رهن صحیحاً واقعشده باشد و اگر قبض مال مرهون شرط صحت عقد قرار داده شود مادام که قبض بعمل نیامده است عقدی وجود ندارد تا مرتهن باستناد آن حق مطالبه قبضرا داشته باشد، و همچنین اگر مرتهن مال مرهون را بدون اذن راهن بقبض در آورد رهن صحیح نخواهدبود زیراکه قبضبدون اذن نمیتواند مثمرثمر گردد، و برای احتراز از همین ایراد است که بعضیها بعدم قبول قبض بعنوان شرط صحت متمایل شدهاند .

اشخاصیکه در عقد رهن قبضمال مرهون را شرطصحت عقد نمیدانند میگویند که راست است بدون قبض مال مرهون تصور رهنو ایجاد وثیقه برای دین راهن مشکل است، ولی این اشکال نباید موجب عدم وقوع عقد شده و از مرتهن حق تقاضای قبض را سلب کند، زیرا بطور کلی در عقودی که ثمره آنتسلیم یك شیئی است عدم تسلیم موجببطلان عقد نمیشود ، والا هیچ دلیلی نیست که در عقد رهن عدم تسلیم مال مرهون موجببطلان محسوب گردد در صورتیکه در عقد عاریه ویاودیعه عدم تسلیم مالی که موضوع عقد است

موجب بطلان نمیگردد و حال آنکه تصور موجودیت عاریه یا ودیعه هم‌بدون قبض مالی که مورد معامله بوده است تصور مشکل و بلکه غیر معقول خواهد بود، بعلاوه اگر قبض مال مرهون شرط صحت عقد قرار داده‌شود، دیگرجواز عدم استمرار آن مورد نخواهدداشت. زیرا اگر فرض حصول وثیقه بدون قبض ممکن نباشد بدون استمرار آن نیز غیر ممکن خواهد بود، و بنابر این اگر مرتهن بعد از قبض عین مرهونه را براهن ردنمایدبدون اینکه وکالت در تصرف دهد باید رهن منفسخ فرض شود.

پس نظر بمراتب فوق باید گفته شود که درعقد رهن قبض مال مرهون شرط صحت نیست منتهای مراتب یاشرط لزوم آنست‌نسبت براهن یاشرط تحقق عقد توضیح اینکه‌بمحض وقوع ایجاب وقبول عقد رهن صحیحاً منعقد میگرددو اگرقبض مال مرهون شرط لزوم‌قرار داده شود نه فقط راهن حق خواهد داشت که مادام قبض بعمل نیـامده است عقد را فسخ نماید بلکه مرتهن هم نسبت بقیمت‌مال مرهون حق‌رجحان نخواهد داشت واگر برعکس‌قبض مال مزبور شرط تحقق قرار داده شود عقد رهن نه فقط بعد از وقوع ایجاب و قبول صحیحاً منعقد میگردد بلکه دراثراصالت لزوم نسبت براهن لازم شمرده میشود و مرتهن‌حق خواهد داشت که‌مطالبه قبض مال مرهون را بنماید و عقدی که قبل از قبض صحیحـاً و بطور لزوم نسبت براهن واقعشده باشد بعد از قبض‌متحقق میگردد.

در هر حال باصریح‌قسمت اخیر ماده ۷۷۲ که استمرار قبض را شرط صحت قرار نداده و بادلیلی که از مفهوم ماده مزبورد استنباط میشود مشکل بتوان ادعا نمود که در عقد رهن قبض مال مرهون شرط صحت نمیباشد.

۸۰۷ ـ حال باید دید چه مالی میتواند مورد رهن واقع شود و برای چه مالی‌می توان رهن داد : در موضوع اول ماده ۷۷۳ مقررمیدارد که «هرمالی که قابل نقل وانتقال قانونی نیست نمیتواندمورد رهن واقع شود.» چه‌فایده‌رهن آنست که اگرمدیون‌قرض‌خودرا ادا نکردمال مرهون فروخته‌شود وازقیمت آن‌مرتهن طلب خود را مرجحاً بهر طلبکار دیگرراهن استیفا کند ، و بنابر این اگر مال مرهون‌مالی‌باشد که قانوناً قابل‌نقل وانتقال نیست فروش آنمال و بالنتیجه استیفای طلب مرتهن از قیمت آن غیر ممکن خواهد بود.

۸۰۸ـ باوجود اطلاق عبارت ماده ۷۷۳ که علی‌الظاهر و مفهوماً کلیه اموالی را که قانوناً قابل نقل و انتقال میباشد قابل رهن قرار داده است این اطلاق فقط ظاهری

است، چنانکه مادهٔ ۷۷۴ فوراً اموالی را که عین معین نمیباشند استثنا کرده و مقرر داشته است که «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است.»

برای بطلان رهنی که مورد آن عین معین نبوده بلکه دین یا منفعت است میتوان دلائل ذیل را اقامه نمود :

اولا – حکم مزبور نتیجه لزوم قبض مال مرهون است اعم از اینکه قبض آن شرط صحت عقد باشد یا شرط لزوم و یا شرط تحقق آن و چون علی الظاهر دین یا منفعت، مال معینی نیست که وجود خارجی داشته و حساً قابل قبض تلقی گردد. لذا عقدرهنی که مورد آن چنین مال باشد نمیتواند بنحو صحت ویا بنحو لزوم منعقد گردد، لیکن بدیهی است که اگر برای دیون و منافع امکان قبض را بتوان قائل شد چنانکه تصور آن محال نیست در این صورت دلیل مزبور فوق العاده ضعیف وبلکه کالعدم خواهد بود.

ثانیاً – در صورت قبول صحت رهن نسبت بدین مقصودی که مرتهن از انعقاد عقد رهن داشت بعمل نخواهد آمد. چه مقصود مرتهن تحصیل وثیقه و داشتن حق عینی بوده است تا بتواند طلب خود را مرجحاً برهر طلبکار دیگر راهن از مال مرهون استیفا کند اگر چه مال مزبور در ید غیر باشد، و اگر مورد رهن دین باشد مرتهن بمقصود خود نائل نخواهد شد، زیرا که دین وجود خارجی محسوس نداشته و در این صورت وثیقه حاصله بنفع مرتهن محکمتر از وثیقهٔ که در نتیجه عقد ضمان حاصل میشود نخواهد بود، و اگر کسیکه مدیون راهن بوده ودین او برهن داده میشود معسر گردد طلبمرتهن بلا وثیقه خواهد ماند.

ثالثاً – در عقد رهن باید حتی المقدور طوری باشد که اشخاص ثالث بتوانند از حقی که برای مرتهن نسبت به مال مرهون حاصل شده است اطلاع پیدا نمایند تا دیگر باعتبار آن مال با راهن معامله نکنند، و برای تأمین همین نکته میبینیم که در بعضی از قوانین خارجه مثلا در قانون فرانسه نه فقط قبض مال مرهون بلکه استمرار قبض هم شرط بقای حق رجحان مرتهن میباشد، و اگر بعد از حصول قبض مرتهن طوعاً از عین مرهونه کف ید کند این اقدام او بمنزله صرف نظر کردن ازحق رجحان خواهد بود، وچون در رهن دیون نمیتوان طوری نمود که اشخاص ثالث مسبوق بوقوع رهن باشند چنانکه در رهن اعیان آنها این اطلاع را بوسیله خارج شدن عین مرهونه از تصرف راهن پیدامی

نمایند ، لذا رهن دیون و منافع باید باطل محسوب شود وحتی در قوانینی هم که رهن دین مقبول و صحیح میباشد راهن باید هم سند آن دین را بقبض مرتهن دهد و هم مدیون آن دین را از وقوع رهن مسبوق سازد .

۸۰۹ ــ در هر حال مالی که برهن داده میشود ممکن است اجزاء و توابعی داشته باشد و نسبت بدخول یا عدم دخول آن در رهن بین راهن و مرتهن اختلاف‌نظر تولید گردد ، و برای رفع همین اختلاف احتمالی است که ماده ۷۸۵ مقرر داشته « هر چیزی که در عقد بیع بدون قید صریح بعنوان متعلقات جزء مبیع محسوب میشود دررهن نیز داخل خواهد بود . » پس بموجب این ماده باید همانطوریکه در عقد بیع مقرر است بعرف و عادت رجوع نمود یعنی آنچیزی‌که بموجب عرف و عادت از توابع مال مرهون شمرده میشود داخل در رهن خواهد بود مگر اینکه صریحاً استثناء شده باشد وبرعکس آنچیزی که عرفاً جزء یا تابع عین مرهونه محسوب نمیگردد داخل در رهن نخواهد بود مگر اینکه صریحاً قید شده باشد.

۸۱۰ ـ بالاخره در عقد رهن ممکن است مالی‌را که رهن داده میشود بتراضی طرفین تبدیل بمال دیگر نمود چنانکه همین حکم بموجب ماده ۷۸۴ بطریق ذیل بیان‌شده است «تبدیل رهن(یعنی مال مرهون) بمال دیگر بتراضی طرفین جایز است.» و این تبدیل در حقیقت عبارت است از تفاسخ رهن نسبت‌بمال سابق و انعقاد رهن جدید نسبت بمال جدید ، و بنابر این حق عینی مرتهن نسبت باین مال از تاریخ تبدیل ایجاد خواهد شد و نه از تاریخ رهن مال سابق .

۸۱۱ ـ نسبت بمال یا طلبی که برای آن میتوان رهن داد ماده ۷۷۵ مقرر می دارد که « برای هرمالی که درذمه باشد ممکن است رهن داده شود ولو اینکه عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد . » پس مطابق این ماده همینقدر کافی است که مالی برذمه شخص باشد ، بعبارة اخری‌کسی مدیون چیزی باشد تا بتوان برای آن رهن داد ولو اینکه دین مزبور درنتیجه عقد قابل فسخی ایجاد شده باشد ، بنا براین اگر کسی چیزی بخرد ومدیون ثمن‌آن باشد ، میتواند برای این دین خود رهن دهد ، اگر چه ضمن عقد بیع شرط خیاری‌موجود باشد ، منتهای مراتب درصورت فسخ بیع و مرتفع شدن دین‌مشتری ، رهن هم بالتبع منفك خواهد بود . چه دراین صورت دیگر موردی برای

آن باقی نخواهد ماند یعنی دینی وجود نخواهد داشت تا مالی برای وثیقه بدائن داده شود .

۸۱۲ - در عقد رهن لازم نیست که همیشه یك نفر راهن ویکنفر مرتهن باشد و بلکه مثل سایر عقود ممکن است یك یا دو طرف عقد بیش از یکنفر باشند چنانکه ماده ۷۷۶ همین موضوع را پیش بینی کرده ومقرر داشته است که « ممکن است یکنفر مالی را در مقابل دویاچند دین که بدو یاچند نفر دارد رهن بدهد در این صورت مرتهنین باید بتراضی معین کنند که رهن در تصرف چه کسی باشد وهمچنین ممکن است دونفر یك مال را به یکنفر در مقابل طلبی که از آنها دارد رهن بدهند »

ماده مزبوره بیش از دو مورد فرض نکرده است که عبارتند از تعدد راهنین با وحدت مرتهن و از تعدد مرتهنین با وحدت راهن و حال آنکه فرض سوم هم اینست که هم راهنین و هم مرتهنین متعدد باشند مثلا دو یا چند نفر مالی را که مشترکا مالك هستند بدویا چند نفر دیگر که فرد فرد آنها از فرد فرد راهنین طلبکار هستند رهن دهند . اگر چه بطوریکه مذکور شد این فرض بموجب ماده ۷۷۶ پیش بینی نشده است لیکن تصور نمیرود که این عدم پیش بینی را بتوان دلیل قرارداد بر اینکه چنین معامله باطل است زیرا مطابق اصل کلی آزادی معاملات و اعتبار قرار داد های واقعه بین متعاقدین بشرط عدم مخالفت صریح آنها با قوانین چنین معامله محکوم بصحت است و نه ببطلان .

۸۱۳ - غالباً برای اینکه مرتهن بتواند از حقی که بموجب عقد رهن تحصیل میکند استفاده نماید و در صورت عدم تأدیه دین حق خود را از عین یا قیمت مال مرهون استیفا کند در ضمن عقد رهن یا بموجب عقدعلیحده از راهن تحصیل وکالت مینماید تا بتواند بموجب این وکالت حق خود را از مال مرهون استیفا کند وهمین نکته است که برطبق ماده ۷۷۷ پیش بینی وبطریق ذیل بیان شده است : « در ضمن عقد رهن یا بموجب عقد علیحده ممکن است راهن مرتهن را وکیل کند که اگر درموعد مقرر راهن قرض‌خودرا ادا ننمود مرتهن از عین مرهونه یا قیمت آن طلب خود را استیفا کند ونیز ممکن است قرار دهد وکالت مزبور بعد از فوت مرتهن با ورثه او باشد و بالاخره ممکن است که وکالت بشخص ثالث داده شود »

پس مطابق مادهٔ فوق مرتهن میتواند برای استحکام کار خود نه فقط برای خود تحصیل وکالت کند، بلکه میتواند شرط نماید که بعد از فوت او وکالت باورثه مرتهن خواهد بود. در هر حال، خواه درضمن عقد رهن یا بموجب عقد علیحده بمرتهن وکالت داده شده باشد که از مال مرهون طلب خود را استیفاکند، وخواه این وکالت بهیچوجه به مرتهن داده نشده باشد، مرتهن حق دارد که‌در صورت تأدیه نشدن دین در سر موعد از قیمت مال مرهون حق خود را استیفا نماید، وبرای تضمین همین حق مرتهن است که مادهٔ ۷۷۸ شرط عدم فروش را باطل دانسته و مقرر میدارد که «اگر شرط شده باشد که مرتهن حق فروش عین مرهونه را ندارد باطل است.» راست است که در این مادهٔ معلوم نیست که‌موصوف باطل چه چیز است، آیا شرط ضمن‌العقد است ویا خود عقد - اگر چه از سوق عبارت واز طرز تشکیل جملات مادهٔ ۷۷۸ ممکن است استنباط شود که صفت باطل مربوط‌بشرط است ونه بعقد و در واقع مثل اینست که گفته شده باشد «اگر شرط شود مرتهن حق فروش عین مرهونه را ندارد آن شرط باطل است» لیکن بر فرض صحت این استنباط هم نمیتوان آنرا دلیل قرار داد بر اینکه شرط عدم فروش در عقد رهن باطل ولی‌عقدی که متضمن این شرط باشد صحیح خواهد بود زیرا که مقتضای عقد رهن امکان فروش عین مرهونه واستیفای حق‌مرتهن است از قیمت آن واگر درعقد مزبور شرط عدم‌فروش شده باشد چنین شرط برخلاف مقتضای عقد خواهد بود وشرطی که برخلاف مقتضای‌عقد باشد نه‌فقط باطل است بلکه مبطل عقدهم میباشد.

۸۱۴ - بطوریکه فوقاً مذکور شد ممکن است که مرتهن درضمن عقد رهن یا بموجب عقد دیگری برای خود یا برای شخص ثالثی تحصیل وکالت در فروش مال‌مرهون نکرده باشد،وراهن هم نه برای اداء دین‌حاضر باشد ونه‌برای فروش مال‌مرهون، دراین‌صورت مطابق مادهٔ ۷۷۹ مرتهن حق دارد بحاکم رجوع نماید تا حاکم «اجبار به بیع یا اداء دین بنحو دیگر بکند.»

۸۱۵ - همینکه مال مرهون بفروش رسید، اعم ازاینکه این فروش در نتیجه وکالت مرتهن یا شخص ثالث باشد ویا در نتیجه رضای راهن و یا بموجب حکم حاکم، مرتهن‌بموجب مادهٔ ۷۸۰ برای استیفاء طلب خود از قیمت عین مرهون بر هر طلبکار دیگر راهن مرجح خواهد بود. بعبارت اخری هیچ طلبکار دیگر راهن حق نخواهد داشت که قبل از

پرداخت طلب مرتهن از قیمت مال مرهون نسبت بقیمت مزبورادعای حقی نماید. لیکن اگر مال مرهون بقیمتی بیشتر از طلب مرتهن فروخته شود مازاد آن مطابق قسمت اول ماده ۷۸۱ مال راهن بوده و طلبکاران دیگر او میتوانند طلب خود را از مازاد آن استیفاکنند.

قیمت فروش مال مرهون ممکن است کمتراز میزان طلب مرتهن باشد در این صورت مطابق قسمت اخیر ماده مزبور فوق مرتهن باید برای نقیصه رجوع براهن کند، واگر راهن مفلس شده باشد مرتهن نیز باسایر طلبکاران مساوی بوده و بطوری که بموجب ماده ۷۸۲ مقرر است باغرما شریك میشود.

۸۱۶ – مطابق ماده ۷۸۳ « اگر راهن مقداری از دین را ادا کند حق ندارد مقداری از رهن را مطالبه نماید ومرتهن میتواند تمام آنرا تا تأدیه کامل دین نگاهدارد مگر اینکه بین راهن ومرتهن ترتیب دیگری مقرر شده باشد.» بدیهی است که اگر بین راهن ومرتهن ترتیب خاصی مقرر وبر طبق آن هرجزئی از مال مرهون در مقابل جزئی ازدین رهن باشد بهر نسبتی که ازدین اداء میشود بهمان نسبت از مال مرهون هم فك رهن میگردد، ولیکن اگر در این مورد تصریحی نشده باشد چون مقصود طرفین توثیق تمام دین بوده بعبارت اخری مقصود این بوده است که تمام مال مرهون برای تأدیه تمام دین وثیقه باشد، ونه جزئی از آن وثیقه تأدیه جزئی ازدین، لهذا باتأدیه یك جزء ازدین رهن نسبت بجزئی ازمال فك نخواهد شد، ومرتهن حق خواهدداشت تاموقعی که تمام طلب او تأدیه نشده است ازمال مرهون فك رهن نکند.

۸۱۷ – ممکن است مال مرهون تولید ثمره ومنافع نموده ویا درآن زیادتی حاصل شود، دراین صورت مطابق ماده ۷۸۶ اگر ثمره ویا زیادتی که حاصل میشود « متصل باشد جزو رهن خواهد بود واگر منفصل باشد متعلق براهن است مگر اینکه ضمن عقد بین طرفین ترتیب دیگری مقرر شده باشد.»

۸۱۸ – مطابق ماده ۷۸۷ « عقد رهن نسبت بمرتهن جایز و نسبت براهن لازم است.» وبدیهی است که اگر قبض عین مرهونه درصحت یالزوم عقد مدخلیتی نداشته باشد این حکم بافرض حصول ویاعدم حصول قبض صحیح خواهد بودلیکن اگر قبض مال مرهون شرط لزوم باشد عقد رهن مادام که قبض حاصل نشده است هم نسبت براهن و هم نسبت بمرتهن جایز، ولزوم آن نسبت براهن فقط بعد از قبض خواهد بود وبهر تقدیر جواز

رهن نسبت بمرتهن ولزوم آن نسبت براهن در موردي است که عقد باشرایط صحت و لزوم واقع شده باشد ودر این صورت مرتهن که نسبت باو عقد جایز است « می تواند هروقت بخواهد آن را بر هم زند » ولي راهن که عقد نسبت باو لازم است «نمیتواند قبل از آن که دین خود را ادا نماید و یا بنحوی از انحاء قانونی از آن بری شود » عقد را فسخ « و رهن را مسترد دارد . »

در جواز عقد رهن نسبت بمرتهن بهیچوجه اشکالي متصور نیست . زیرا که عقد مزبور بر مرتهن تعهد مستقیمی ایجاد نکرده بلکه برای او حقی ایجاد میکند و هر ذیحق میتواند حق خود را اسقاط نماید . ولي در مورد لزوم عقد نسبت براهن ممکن است این اشکال تولید شود که آیا در عقد رهن هم مثل سایر عقودی که نسبت بطرفین لازم است میتوان خیار فسخي شرط نمود یا نه .

شاید در بادی امر تصور شود که اگر در عقودی که نسبت بهر دو طرف لازم است میتوان بنفع احد طرفین یا هر دو اشتراط خیار نمود ، در عقد رهن که فقط نسبت بیکطرف لازم است باید اشتراط مزبور بطریق اولي صحیح باشد . لیکن اگر درست دقت شود ملاحظه خواهد شد که اشتراط خیار فقط نسبت براهن یعنی نسبت بطرفی که عقد نسبت باو لازم است قابل تصور است ، و اگر بنفع راهن شرطي بشود که در نتیجه آن بتواند عقد را فسخ کند این شرط بر خلاف مقتضای عقد خواهد بود چه مقتضای عقد رهن حصول وثیقه است برای دین راهن و بافسخ از طرف او وثیقه مرتفع میگردد .

۸۱۹ — از جایز بودن عقد نسبت بمرتهن شاید این اشتباه تولید شود که چون عقود جایزه بموت احد طرفین منفسخ میشود عقد رهن هم که نسبت بمرتهن جایز است باید بموت او فسخ شود ولی این اشتباه بیمورد است ، چه حکم انفساخ عقد بفوت احد طرفین مخصوص عقودی است که نسبت بهردو طرف جایز باشد و مخصوصاً برای احتراز از حدوث این اشتباه است که ماده ۷۸۸ صراحتاً مقرر داشته است که « بموت راهن یا مرتهن رهن منفسخ نمیشود . »

ولي از طرف دیگر چون راهن بااعتماد بشخص مرتهن مال مرهون را بقبض او داده است و شاید اگر طرف معامله غیر از شخص او میبود حاضر بانعقاد عقد که لازمه آن بتصرف دادن مال مرهون است نمیگشت ، بنا بر این ماده مذکوره فوق براهن حق میدهد که در صورت فوت مرتهن « تقاضا نماید که رهن بتصرف شخص ثالثی که بتراضي او و ورثه »

مرتهن «معین میشود داده شود.» و هرگاه بین راهن و ورثه مرتهن نسبت بتعین شخص ثالث تراضی نشود «شخص مزبور از طرف حاکم معین میگردد.»

۸۲۰ – مال مرهون در ید مرتهن امانت محسوب است و بنا بر این مطابق مادهٔ ۷۸۹ «مرتهن مسئول تلف یا ناقص شدن آن نخواهد بود مگر در صورت تقصیر» یعنی در صورت تفریط یا تعدی و هر گاه مرتهن بعد از برائت ذمه مدیـون مال مرهون را با اجازهٔ صریح یا ضمنی راهن در تصرف خود نگاهدارد مال مزبور در این صورت نیز در ید او امانت است لیکن اگر با وجود مطالبه راهن آنرا رد نکند دیگر صفت امینی از او زائل و مطابق مادهٔ ۷۹۰ مسئول، تلف یا هر نقص و عیبی خواهد بود که در مال مزبور حادث شود اگر چه مستند به تقصیر او نباشد. و بالاخره مطابق مادهٔ ۷۹۱ «اگر عین مرهونه بواسطه عمل خود راهن یا شخص دیگری تلف شود باید تلف کنندهٔ بدل آنرا بدهد و بدل مزبور رهن خواهد بود.» لیکن اگر راهن نسبت بفروش مال مرهونی که تلف شدهٔ است بمرتهن وکالت داده باشد دیگر این وکالت به بدلی کـه داده میشود شامل نخواهد بود. چنانکه همین حکـم بموجب مادهٔ ۷۹۲ بطریق ذیـل مقرر شدهٔ است: «وکالت مذکور در مادهٔ ۷۷۷ شامل بدل مزبور در مادهٔ فوق نخواهد بود»

۸۲۱ – با وجود عقد رهن عین مرهونه از ملکیت راهن خارج نمیشود، و بنا براین مشارالیه باید بر طبق اصل تسلط مالکین بر ما یملك خود بتواند هـر تصرفی که بخواهد در آن بنماید، ولی چون از طرف دیگر مرتهن نسبت بمال مزبور حـق عینی دارد، اصل لاضرر براهن اجازهٔ نمیدهد که در مال مرهون ولو اینکه ملکیتاً متعلق بشخص راهن است تصرفی نماید که منافی باحـق مرتهن باشد، بنا بر این حدود تصرفاتی کـه راهن میتواند بعنوان مالکیت در عین مرهونه بنماید محدود بحق مرتهن خواهد بود، و همین نظر است که بموجب مادهٔ ۷۹۴ و ۷۹۳ بطریـق ذیل بیان شدهٔ است مطابق مادهٔ اولی «راهن میتواند در رهن تغییراتی بدهد یا تصرفات دیگری که برای رهن نافع باشد ومنافی حقوق مرتهن هم نباشد بعمل آورد بدون اینکه مرتهن بتواند او را منع کند. درصورت منع اجازهٔ با حاکم است» و مطابق ماده دومی «راهن نمیتواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر با اجازهٔ مرتهن.»

فصل نوزدهم

در هبه

۸۲۲ ـ مادهٔ ۷۹۵ هبه را بطریق ذیل تعریف مینماید « هبه عقدی است که بموجب آن یکنفر مالی را مجاناً بکس دیگری تملیك میکند . » از تعریف مزبور معلوم میشود که هبه عقدی است اساساً بلا عوض ولی بدیهی است که بلا عوض بودن آن شرط صحت عقد نمیباشد چنانکه بعد ها در ضمن مادهٔ ۸۰۱ ملاحظه خواهد شد که هبه ممکن است معوض هم باشد .

شاید ظاهراً بتوان بتعریف فوق ایراد نمود که تعریف مانعی نیست زیرا که وصیت هم عقدی است که بموجب آن یکنفر مالی را مجاناً بدیگری تملیك میکند چنانکه بعضی ها برای احتراز از این ایراد در تعریف هبه قید تملیك منجز را هم نموده اند تا بدین طریق وصیت که تملیك معلق است خارج شود .

در هر حال ایراد فوق با تعریف مخصوصیکه بموجب قانون مدنی از عقد وصیت ذکرشده ودر آنجا تملیك برای بعداز فوت موصی تصریح گشته است ایرادخیلی محکمی نخواهد بود .

مادهٔ ۷۹۵ بعد از تعریف هبه رویهٔ را که در موارد دیگر اتخاذ شده است تعقیب و مقرر میدارد که « تملیك کنندهٔ را واهب ـ طرف دیگر را متهب ـ مالی را که مورد هبه است عین موهوبه میگویند . »

۸۲۳ ـ برای اینکه عقد هبه صحیحاً واقع شود باید مطابق مادهٔ ۷۹۶ واهب « برای معامله و تصرف در مال خود اهلیت داشته باشد . »

اهلیت تملیك کنندهٔ برای معامله و تصرف در مال خود، شرطی است که در تمام عقود ناقله قید شده، و مخصوصاً در هبه این شرط ادنی شرطی است که میتوان برای صحت عقد قید نمود. چه بطوریکه مذکور شد هبه عقدی است اساساً بلاعوض و اگر قانون برای انعقاد عقود معوضه یعنی عقودی که بموجب آن تملیك کننده بجای مالی که منتقل میکند مال دیگری را تملك مینماید اهلیت منتقل را برای معامله و تصرف در اموال خود شرط کردهٔ است، شرط مزبور در عقد هبه که بموجب آن واهب غالباً بدون دریافت عوض مال خود را بدیگری تملیك مینماید، باید بطریق اولی قید گردد. پس کسانیکه بطور مطلق

برای معامله و تصرف در اموال خود فاقد اهلیت هستند نمیتوانند بهیچوجه عقد هبه واقع سازند و کسی هم که فقط نسبت بمال بخصوص خود ممنوع از تصرف است نمی تواند آنرا هبه نماید .

۸۲۴ ــ علاوه بر مراتب فوق مطابق مادهٔ ۷۹۷ « واهب باید مالك مالی باشد که هبه میکند .» چه هبه مال غیر تصرف بدون مجوزی است که در مال دیگری میشود و اگر مالك آنرا اجازه ننماید باطل وبلااثر خواهد بود .

۸۲۵ ــ ونیز برای صحت عقد هبه لازم است که متهب آنرا قبول و مال موهوب را قبض کند و مادهٔ ۷۹۸ که این شرط را به جمله« هبه واقع نمیشود مگر باقبول وقبض متهب» بیان مینماید اضافه میکند : «اعم ازاینکه مباشر قبض خود متهب باشد یاوکیل او وقبض بدون اذن واهب اثری ندارد.» پس بموجب مادهٔ مزبوره نه فقط قبض عین موهوبه شرط صحت عقد است بلکه اذن واهب هم شرط صحت قبض میباشد . و با این طریق بدیهی است که هبه مال غیر قابل قبض و یاقبض بدون اجازهٔ واهب صحیح نخواهد بود . و نظر بهمین نکته است کــه غالباً هبه نسبت باعیان صحیح و نسبت بدیون باطــل محسوب شده است، و این بطلان، بافرض عدم امکان قبض در دیون، نتیجه حتمی شرط صحت بودن قبض خواهد بــود. لیکن و معذلك کله تصور نمیرود که در صحت هبه دین بشخص مدیون بتوان تردید نمود چنانکه مادهٔ ۸۰۶ نیز صحت آنرا صراحتاً اعلام داشته و مقرر میدارد که « هرگاه دائن طلب خود را بمدیون ببخشد حق رجوع ندارد. » پس بموجب این مادهٔ نه فقط هبه دین که از طرف واهب بنفع مدیون میشود صحیح و معتبر است، بلکه برعکس سایر اموال که در مورد معینی هبه آن قابل رجوع است در هبه دین بشخص مدیون واهب حق رجوع هم نخواهد داشت، چه شرط امکان رجوع بقاء عین است ودر این صورت مــال موهوب عین نمیباشد تابابقاء آن واهب بتواند رجوع نماید .

نظر بمراتب فوق ممکن است نسبت ببطلان هبه دیون بطور کلی اشکال ذیل را وارد نمود و آن اینست : که اگر دین بواسطه نداشتن وجود خارجی قابل حسی قابل قبض نمیباشد این عدم قابلیت باید مطلق باشد ونه نسبی. یعنی دین نباید برای هیچکس قابل قبض تصور شود حتی برای خود مدیون ، و الا اگر قبض برای خود مدیون وفقط بعلت اینکه دین در ذمه خود او موجود است وبنابر این بمنزله مقبوض قبل از عقد میباشد، ممکن

تصور شود، هیچ علت ندارد که برای دیگران غیر ممکن باشد. چههمانطور که خودمدیون میتواند چیزی را که وجود خارجی قابل حسی ندارد قبض کند و یالااقل آنرا مقبوض فرض نماید، دیگران نیز باید بتوانند آنرا قبض کرده و یامقبوض فرض کنند. راست است که بابودن‌دین‌درذمه خود مدیون فرض قبض برای او سهل تراست،لیکن چون‌مطابق مادهٔ ۳۶۷ قبض عبارت است ازاستیلاء بر شیئی و بنابر این اگر کسی بای نحوکان‌استیلاء بر مالی پیدا کند آنمال‌مقبوض او محسوب است اگرچه حقیقتاً وضع ید نکرده باشد،لذا اگر مواردی یافت شود که‌درهبه دین بر غیر من هو علیه متهب بتواند بر مال موهوب استیلا پیدا کند بنحویکه قبض مال مزبور از ناحیه او صدق عرفی داشته باشد در این صورت برای صحت هبه دین حتی بکسی که دین در ذمه او نیست هیچ اشکالی نمی توان تصور نمود.

استدلال فوق را شاید بتوان بطریق ذیل رد نمود که اولا محال بودن قبض‌حقیقی دیون مسلم است و از طرفی هم معلوم نیست که قبض فرضی بتواند برای صحت هبه در تمام موارد جایگیر قبض حقیقی باشد. و ثانیاً مقصود مادهٔ ۸۰۶ که حکایت از بخشیدن دین بمدیون میکند بهیچوجه اعلام صحت هبه دین نبوده و بهمین جهت از استعمال لغت هبه احتراز کشته و باستعمال لغت بخشش اکتفا شده است، و بلکه مقصود مادهٔ مزبوره ابراءاز دین‌است. ولی این استدلال بقدری ضعیف است که بهیچوجه قابل ترتیب اثر نمیباشدزیرا که اولا بطوریکه فوقاً مذکور شد مقصود از قبض استیلاء بر مال است، و این استیلاء ممکن است بدون قبض حقیقی حاصل‌شود. و اگر در عقد هبه قبض حقیقی لازم میبود و صرف استیلاء بدون وضع ید کافی محسوب نمیگشت، این نکته بایستی تصریح شده باشد، و حال آن که بهیچوجه در قانون مدنی تصریح نگشته. ثانیاً لغت بخشش فارسی و لغت هبه عربی است و هردو دارای معنی واحد می‌باشند، و بنا براین بهیچوجه نمیتوان ادعا نمود که منظور قانون از استعمال کلمه فارسی بجای لغت عربی استعمال لغتی بوده است که مرادف باابراء باشد ونه مرادف باهبه.ثالثاً اگر مقصود از ماده ۸۰۶ اشاره باابراءازدین میبود، مادهٔ مزبوره بایستی در فصل راجع باسقاط تعهدات و درمبحث مربوط باابراء نوشته شده باشد ونه در فصل راجع به هبه و آن هم بالغت بخشش که فارسی لغت هبه است. و گذشته از اینها نتیجه ابراء اسقاط است ونتیجه هبه تملیک. وبنابراین اگر مقصود مادهٔ

۸۰۶ از استعمال لغت بخشیدن همان ابراء میبود، بایستی این نکته نیز تصریح شده باشد که برای صحت این بخشش قبول مدیون شرط نیست، چنانکه برای صحت ابراء قبول مدیون شرط نمیباشد. وحال آنکه با عدم تصریح این نکته پس از استعمال لغت بخشش که عرفاً محمول به هبه است ونه بابراء، وبا تصریح عکس این نکته که در مادهٔ ۷۹۸ بعمل آمدهٔ و بموجب آن هبه واقع نمیشود مگر باقبول متهب، ادعای اینکه در مورد مادهٔ ۸۰۶ قبول و حتی رضای متهب شرط نیست، تقریباً اجتهاد در مقابل نص خواهد بود. مختصر آنکه اگر بین مفاد مادهٔ مزبورهٔ و ابراء ارتباطی بتوان تصور نمود، همان ارتباط بین علت و معلول خواهد بود چه نتیجه حتمی هبه دین بمن هوعلیه بری‌شدن مدیون است بدون اینکه خود هبه ابراء باشد، و حال آنکه بین ابراء و هبه ارتباطی موجود نیست و برائت مدیون درصورت هبه دین به خود او در نتیجه مالکیت مافی‌الذمه است ونه در نتیجه ابراء.

در هر حال برای بطلان هبه دین در قانون مدنی نص صریحی وجود ندارد و این کلمه بر فرض مقبول بودن آن نتیجه شرط صحت بودن قبض است درعقد هبه، و چون با تعریفی که از قبض در قانون مزبور شدهٔ است تصور امکان قبض یا عدم امکان آن در دیون امری است تااندازهٔ نظری، و ممکن است که در بعضی از موارد حصول قبض دین صدق عرفی پیدا نماید بنحویکه عرفاً همه‌کس دین را مقبوض متهب تلقی کند، چنانکه خود اشخاصی هم که عدم صحت هبه دین را بغیر مدیون بواسطه ممتنع بودن قبض واقعی معتقدند، صحت آنرا بنفع مدیون باین دلیل تائید میکنند که در این صورت دین به اعتبار اینکه در ذمه متهب است مقبوض بودهٔ، وهبه آن بمنزله هبه عینی خواهد بود که قبلا دريد متهب باشد، وبهمین طریق برای دین امکان قبض را تصور می نمایند، بنابراین اگر موردی فرض شود که در هبه‌عین کلی به کسی که عین مزبور در ذمه او نمی‌باشد حصول قبض صدق عرفی پیدا نماید، شاید بشود ادعای صحت آنرا نمود.

۸۲۶ - قبض مال موهوب لازم نیست که بمباشرت شخص متهب بعمل آید، بلکه بطوریکه در مادهٔ ۷۹۸ تصریح شدهٔ ممکن است که مال موهوب بتوسط وکیل متهب قبض گردد و بطور کلی قبض ممکن است بتوسط هرکس بعمل آید که قانوناً میتواند از طرف متهب اقدام کند.

در مورد هبه بصغیر یا مجنون یاسفیه مطابق مادهٔ ۷۹۹ قبض ولی معتبر است زیرا

که بر اعمال صغیر و مجنون اعتباری نبوده و نمایندگی قانونی آنها با ولی یا قیم آنان است. لیکن نسبت بسفیه تصور نمیرود که حکم مندرج در ماده مزبوره بنحو اطلاق صحیح باشد، زیراکه اگر هبه هبه غیر معوض باشد، سفیه باید بتواند بدون اجازه ولی یا قیم آن را هم قبول و هم قبض کند، و این عمل از جمله تصرفات در اموال و حقوق مالی او محسوب نمیگردد تا صحت آن محتاج باجازه ولی باشد. و برعکس در هبه معوض چون سفیه تصرف در مالی که عبارت از عوض باشد مینماید لذاقبول هبه یا قبض مال موهوب باید باجازه ولی یا قیم باشد.

۸۲۷ - بالاخره نسبت بقبض این نکته نیز باید گفته شود که مطابق ماده ۸۰۰ اگر «عین موهوبه در ید متهب باشد محتاج بقبض نیست.» چه در این صورت اقدام بقبض اقدام به تحصیل حاصل خواهد بود.

۸۲۸ - هبه عقدی است که برای واهب خالی از خطر نیست زیرا که غالباً واهب در اثر احساسات آنی مال خود را بدون اخذ عوض بدیگری میبخشد و ممکن است که فوراً پشیمان گردد، و برای متنبه ساختن واهب است که قانون قبض را شرط صحت هبه قرار داده. چه ممکن است انسان برای ابراز محبت و احساسات عطوفت آمیز نسبت بیکنفر، ویا برای ابراز نفرت و احساسات خصومت آمیز نسبت بیکی از وراث خود، تمام یا قسمتی از مایملك خود را بشخصیکه طرف میل او میباشد هبه نماید، و اگر هبه مثل عقد بیع بمحض ایجاب و قبول کامل وصحیح میشد، وقبض عین موهوبه شرط صحت آن نمیبود واهب باهمیت عملی که واقع ساخته است پی نمیبرد، و حال آنکه با اجبار بتسلیم مال موهوب برای تکمیل صحت آن، واهب علناً و حساً مشاهده مینماید که دیگر تسلط بر مال موهوب نخواهد داشت، و غالباً در موقع تسلیم از اقدام خود پشیمان شده دیگر آنرا تعقیب نمیکند، وحتی قانون بنفع واهب احتیاطات خاصه اتخاذ نموده است تا حتی المقدور او را ازخطر عقد یکه بلا تأمل و در تحت احساسات آنی منعقد کرده باشد رهائی دهد، چنانکه بموجب ماده ۸۰۲ فوت واهب یا متهب قبل از قبض مال موهوب موجب بطلان هبه میشود وهمچنین بموجب ماده ۸۰۳ بعد از قبض نیز واهب میتواند مادام که عین مال موهوب باقی است از هبه رجوع کرده و آنرا فسخ نماید.

۸۲۹ - ماده ۸۰۲ که فوقاً اشاره بان شد از قرار ذیل است «اگر قبل ازقبض

واهب یا متهب فوت کند هبه باطل میشود.» مفاد این ماده ظاهراً مخالف با مفاد مادهٔ ۷۹۸ است: چه مطابق مادهٔ اخیر «هبه واقع نمیشود مگر باقبول و قبض متهب.» پس هبه بدون قبض متهب وقوع پیدا نمیکند، و حال آنکه مستنبط از مادهٔ ۸۰۲ آنست که هبه بدون قبض صحیح میباشد، چه مادهٔ مزبوره مقرر میدارد که اگر واهب یا متهب قبل از قبض فوت کند هبه باطل میشود. بعبارةاخری مثل اینست که مادهٔ مزبوره هبه را قبل از حصول قبض صحیح فرض کردهٔ منتهای مراتب فوت واهب یا متهب را که قبل از حصول قبض واقع شود موجب بطلان آن قرار دادهٔ است. مخالفت مذکور مخالفت ظاهری است و اگر قدری تعمق شود معلوم خواهد شد که مادهٔ ۸۰۲ صحت هبه را بدون قبض فرض نمودهٔاست، چه در عقد هبه دومرحله متمایز موجود است: یکی وقوع ایجاب و قبول ازطرفین متعاقدین، و دیگری قبض شدن مال موهوب از طرف متهب که در این عقد بخصوص آخرین رکن از ارکان صحت عقد است، ومادهٔ ۸۰۲ فرض مینماید که عقد هبه ایجاباً و قبولا واقع گردیده لیکن هنوز مال موهوب بتصرف متهب دادهٔ نشدهٔ و واهب یا متهب فوت مینماید، در این صورت مقصود مادهٔ ۸۰۲ اعلام بطلان ایجاب و قبولی است که فی‌حدذاته بنحو صحت واقع شدهٔ ولی‌متعقب بقبض نگردیدهٔ است، بعبارةاخری وراث واهب نمیتوانند بدون ایجاب و قبول جدید و بصرف دادن مال موهوب هبه را صحیحاً واقع سازند مگر اینکه اساساً هبه معاطاتی را بتوان قبول نمود و عمل وراث و متهب را حمل برایجاب و قبول فعلی کرد. و مسلماً قبول این نظر مخالفت با روح قانون‌خواهد بود چه بطوری که فوقاً مذکور شد نظر قانون‌تأمین منافع واهب وحصول اطمینان ازاینست که هبه باملاحظه اطراف امر واقع گردد ، ودر تعقیب همین نظریه است که فوت واهب یا متهب راکه‌قبل از قبض واقع میگردد موجب بطلان عقد قرار دادهٔ است تا در صورت فوت واهب وراث او آزاد باشند عملی را که‌مورث آنها برضرر آنها و شاید بدون فکر کردهٔ بود تعقیب نکنند، ودر صورت فوت‌متهب وراث‌اونتوانند قبض مال موهوب را که شاید فقط به‌ملاحظه شخص مورث آن ها باو بخشیدهٔ شده بود مطالبه کنند. پس بطور خلاصه میتوان گفت که اولا مقصود از بطلان هبه که در مادهٔ ۸۰۲ تصریح شدهٔ است بطلان همان ایجاب و قبول است که متعقب بقبض نگشته و باین‌جهت ارکان صحت آن‌کامل نبودهٔ است و ثانیاً صحت هبه معاطاتی‌قویاً محل تأمل است .

۸۳۰ - بملاحظه همان اهتمامی که قانون نسبت بتأمین منافع واهب ابراز مینماید مادهٔ ۸۰۳ بواهب اجازه میدهد که بعد از قبض هم مادام که عین موهوبه باقی است از هبه رجوع کرده و آنرا، فسخ نماید وشاید بتوان ایراد نمود که اگر نظر قانون تأمین منافع واهب بوده است ممکن بود که هبه را اساساً نسبت بواهب جایز قرار دهد یعنی بواهب حق بدهد که هروقت بخواهد عقد را فسخ و مال موهوب را مسترد نماید. ولی نظر باینکه قانون باید تاحدی رعایت حال متهب وحتی رعایت حال اشخاص ثالث را نیز بنماید، و اگر هبه اساساً نسبت بواهب عقد جایز میبود در این صورت مالکیت متهب نسبت بمال موهوب مالکیت متزلزل میگشت و هیچکس نمیتوانست نسبت باموالی که مورد هبه بوده با اطمینان خاطر معامله نماید، لذا بواهب فقط درمواردیحق رجوع داده شدهاست که عین موهوبه باقی باشد و بدین طریق متهب میتواند بدون تزلزل عین مزبور را به اشخاص ثالث منتقل نماید و آنها نیز میتوانند آنرا با اطمینان خاطر تملك کنند.

بالاخره در صورتی هم که عین مال موهوب باقی باشد معذلك مواردی موجوداست که واهب حق رجوع نخواهد داشت موارد مزبوره بموجب مادهٔ ۸۰۳ معین و از قرار ذیل است :

۱ - در صورتیکه متهب پدر یا مادر یا اولاد واهب باشد.

مقصود از اولاد اشخاصی است که از نسل واهب باشد. بنا بر این هبه بر احفاد تا هر اندازه که پائین برود مشمول این استثناء خواهد بود. و برعکس هبه برآباء مشمول استثناء نمیباشد مگر در صورتی که متهب پدر یا مادر واهب باشد ونه آباء بالاتر. در هر صورت چون در این مورد مال موهوب از خانوادهٔ واهب خارج نمیشود و بعلاوه چون اگر واهب حق رجوع میداشت ممکن بود که استفادهٔ از این حق موجب کدورت خانواده شود، لذا قانون حق رجوع را ازواهب سلب کرده است.

۲ - در صورتیکه هبه معوض بوده وعوض هم داده شده باشد.

چون در این مورد هبه بلاعوض نیست وواهب هم عوض را دریافت کرده استلذا مثل بیع یا معاوضه بوده وبرای واهب حق رجوع نباید باشد.

۳ - در صورتیکه عین موهوبه از ملکیت متهب خارج شود.

در این صورت چون شخص دیگری نسب بمال موهوب حق مالکیت پیدا کرده و

حق رجوع واهب اگر میبود حق شخص ثالث را تضییع میکرد، لذا و اهب حق رجوع نخواهد داشت .

٤ ـ در صورتیکه عین موهوبه متعلق حق غیر واقع شود .

عین موهوبه ممکن است بدوطریق متعلق حق غیر قرار داده شود: قهراً یااختیاراً قهراً مثل اینکه متهب بواسطه ورشکستگی محجور شود که در این صورت عین موهوبه متعلق حق غرما میگردد، و اختیاراً مثل اینکه متهب عین موهوبه را برهن دهد که دراین صورت عین مزبور متعلق حق مرتهن میباشد .

در هرحال چون حق عینی که یکنفر بمال دیگری پیدا مینماید درحقیقت یکی از مراتب حق مالکیت است، لذا همانطور که اگر دیگری نسبت بمال موهوب حق مالکیت کامل پیدا میکرد حق رجوع واهب ساقط میشد، حق مزبور در صورتی هم باید ساقط گردد که شخص ثالث فقط یکی از مراتب حق مالکیت را نسبت بمال موهوب پیدا نموده باشد .

٥ ـ در صورتیکه درعین موهوبه تغییری حاصل شود ـ تشخیص میزان تغییری که موجب سقوط حق رجوع میشود امری است،نظری و بنابر این حاکم قضیه باید بنظرخود تشخیص دهد که تغیر حاصل موجب سقوط حق رجوع خواهد بود یانه،چه انواع تغییرات ممکن‌الحصول بقدری زیاد و مختلف است که بعضی از آنها را شاید نتوان به‌تغیر تعبیرنمود. مثلا اگر مال موهوب الوار چوب باشد و متهب آنرا نجاری کرده و مبدل بدرب یا میز نماید‌تغییر حاصل وحق رجوع واهب ساقط‌خواهد شد، لیکن اگر عین موهوبه اسبی باشد و متهب یال آنرا بچیند مشکل بتوان ادعا نمود که این تغییر میتواند موجب سقوط حق رجوع واهب گردد، چه تغییر بقدری جزئی است که مشکل بتوان آنرا تغییر نامید.

درهرحال تغییری که‌موجب سقوط‌حق رجوع واهب میشود لازم نیست که نتیجه‌عمل متهب باشد بلکه اگر تغییر بخودی خود نیز حاصل گردد حق مزبور ساقط خواهد شد. چنانکه عبارت فقره چهارم ماده ۸۰۳ که میگوید « در صورتیکه در عین موهوبه تغییری حاصل شود » مفید همین معنی است.

۸۳۱ ـ در هر موردی که واهب بعد از قبض مال موهوب حق رجوع داشته‌و از این حق خود استفاده نماید « نماآت عین موهوبه اگر متصل باشد مال واهب و اگر منفصل باشد مال متهب خواهد بود » (ماده ۸۰٤)

۸۳۲ ـ مطابق مادهٔ ۸۰۲ که فوقاً مذکور گردید اگر واهب یا متهب قبل از قبض فوت کند هبه باطل میگردد ولی اگر فوت واهب یا متهب بعد از قبض باشد هبه لزوم قطعی پیدا کرده ومطابق ماده ۸۰۵ رجوع ممکن نخواهدبود.

۸۳۳ ـ بطوریکه در اوایل فصل اشاره نمودیم بلا عوض بودن هبه از ارکان صحت آن نبوده و ممکن است که هبه معوض باشد همین معنی بموجب مادهٔ ۸۰۱ بطریق ذیل بیان شده است « هبه ممکن است معوض باشد و بنابراین واهب میتواند شرط کند که متهب مالی را باو هبه کند یاعمل مشروعی را مجاناً بجا آورد. »

۸۳۴ ـ بالاخره ممکن است که یکنفر مالی را نه بقصد هبه بلکه بعنوان صدقه بدیگری بدهد در اینصورت مطابق مادهٔ ۸۰۷ صدقه دهنده حق رجوع نخواهد داشت .

قسمت چهارم

در اخذ بشفعه

۸۳۵ ـ طریقه چهارم از طرق تملك عبارتست از اخذ بشفعه.

مطابق مادهٔ ۸۰۸ « هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دونفر مشترك باشد و یکی از دو شریك حصه خود را بقصد بیع بشخص ثالثی منتقل کند شریك دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است باو بدهد و حصه مبیعه را تملك کند این حق را حق شفعه و صاحب آنرا شفیع میگویند »

از مادهٔ مزبور فوق میتوان برای شفعه تعریف ذیل را استخراج نمود :

شفعه عبارتست از استحقاق یکی از دو شریك به تملك حصه مشاع شریك دیگر از مال غیر منقول قابل تقسیم در صورتی که شریك مزبور حصه خود را بقصد بیع بشخص ثالثی منتقل نماید .

از تعریف فوق معلوم میشود که برای امکان اخذ بشفعه شرایط چندی لازم است شرایط مزبوره از اینقرار است :

اولاً ـ مال باید غیر منقول باشد؛

ثانیاً ـ قابل تقسیم باشد ؛

ثالثاً ــ عدهٔ شرکاء بیش از دونفر نباشد؛

رابعاً ــ انتقال بقصد بیع باشد.

اساساً حق شفعه برای احترازازکلفت و زحمتی که لازمهٔ حال اشاعه است ایجاد شده، و بنابراین حق مزبور بایستی نسبت بهر مال موجود باشد اعم از منقول یاغیر منقول و قابل تقسیم یاغیرقابل تقسیم. ولی نظر باینکه اخذ بشفعه تسلط مالک را بمایملك خود تضییق میکند لذابرای اینکه مالك مشاع همیشه مجبور نباشد که در مقابل تملك قهری شفیع تسلیم گرددموارد اعمال این حق نیز تااندازهٔ تضییق شده است.

پس بطوریکه از مادهٔ ٨٠٨ مستنبط است اموال منقوله و یااموال غیر قابل تقسیم را نمیتوان بوسیلهٔ اخذ بشفعه تملك نمود، و علت اینکه اخذ بشفعه منحصر باموال غیرمنقوله و قابل تقسیم شده آنست که این طریق تملك طریق عادی نیست بلکه تملکی است که بر خلاف میل مالك واقع میشود، و بنابر این حدود امکان آن باید حتی‌المقدور تضییق شود، و چون اهمیتی را که از نقطه نظر تشکیل ثروت عمومی اموال غیر منقوله دارا میباشد اموال‌منقوله دارا نیست، و بعلاوه زحمت حاصل از اشاعه در اموال غیر منقوله بیشتر محسوس است تادر اموال‌منقوله، لذاحق اخذ بشفعه منحصر باموال غیر منقوله شده است.

واما نسبت باموال‌غیرقابل‌تقسیم شایددر بادی‌امر چنین تصور شود که‌چون‌مقصوداز اخذ بشفعه‌احتراز از کلفت حاصل ازاشاعه است، ودر مورد اموال غیرقابل تقسیم عدم امکان افراز این کلفت را محسوس‌ترمی‌نماید، بنابراین بایستی در اموال مزبور حق اخذ بشفعه بطریق اولی موجود باشد، ولی با صحت ایراد مذکور این نکته باید ملحوظ شود که‌بطور کلی قیمت سهم‌مشاع ازیك مال با ملاحظه حالت اشاعه کمتر ازقیمت حقیقی آن مال است، مثلا اگر سه دانك مشاع ازششدانك یکباب خانه سه هزار تومان ارزش داشته باشد، ششدانك آن که منحصراً ملك یکنفر باشد بیش از شش هزار تومان ارزش خواهد داشت، و حال‌آنکه بالنسبه‌به سه‌دانك بایستی بهمین مبلغ بیرزد، واین نقص قیمت در اموال غیر قابل تقسیم بیشتر ملحوظ ومحسوس است تااموال قابل تقسیم. بنا بر این چون قیمت حصه مشاع یکمال غیر قابل تقسیم بمراتب کمتر از قیمت حقیقی آن مال است نسبت بتمام آن در صورتی که مشاع نمیبود، لذا اگر بشریك مال غیر قابل تقسیم حق شفعه داده میشد مشارالیه میتوانست بایـن طریق وبدون‌هیچ علت‌دیگرمنفعت زیادی بضرر خریدارتحصیل کندوبرای‌احتراز از این وضعیت

است که در اموال غیر قابل تقسیم بحق شفعه قائل نشده اند. و نیز برای این که اخذ بشفعه ممکن باشد باید عده شرکاء بیش از دو نفر نباشد ، چه در غیر این صورت یعنی در موردیکه عده شرکاء بیش از دو نفر باشد معلوم نخواهد بود که کدام شریك برای اخذ بشفعه احق واولی میباشد، مضافاً باینکه اعمال این حق از طرف تمام شرکاء نسبت بسهم هریك موجب بر طرف شدن اشاعه نخواهد بود، و بالاخره اخذ بشفعه فقط در موردی ممکن است که انتقال بقصد بیع باشد ونه بطریق دیگر، زیرا که غالباً در عقد بیع شخصیت مشتری در وقوع معامله مدخلیت ندارد و چون مقصود بایع فروختن مال خود و اخذ ثمن است بنا بر این برای او تفاوتی نخواهد کرد که مشتری عمرو باشد یا زید، وبر عکس چون در عقود ناقله دیگر از قبیل صلح یا هبه تا اندازهٔ شخصیت طرف مدخلیت دارد بنحویکه اگر شخصیت طرف منظور نمیبود شاید مالك معامله را واقع نمیساخت و یا عوض را بطریق دیگر معین مینمود، لذا در عقود مزبوره اخذ بشفعه نمیباشد چنانکه ماده ۷۵۹ که سابقاً مذکور گردیده همین نکته را نسبت بصلح تصریح نموده و مقرر داشته است که «حق شفعه در صلح نیست هر چند در مقام بیع باشد.»

۸۳۶ ــ درعقدبیع هم که اساساً شفعه مخصوص آنست، برای اینکه حق شفعه موجود باشد،باید بیع صحیح باشد و نه بیع فاسد. چنانکه مادهٔ ۸۱۳ مقرر میدارد که « در بیع فاسد حق شفعه نیست.» و با صحت بیع حق شفعه موجود خواهد بود اگر چه بیع خیاری باشد، چنانکه مادهٔ ۸۱٤ این نکته را بطریق ذیل تصریح مینماید که « خیاری بودن بیع مانع ازاخذ بشفعه نیست.»

۸۳۷ــ چون حق‌اخذ بشفعه منحصر باموال غیرمنقوله است لذا مطابق مادهٔ ۸۰۹ «هرگاه بنا ودرخت بدون زمین فروخته شود حق شفعه نخواهد بود.» زیرادراین‌موردبنا ودرخت که برای قلع وقمع شدن وبدون زمین فروخته‌میشود در حکم مال منقول میباشدو برعکس اگر مبیع مال یا حق مشاع غیر منقول باشد، شریك دیگر حق اخذبشفعه خواهد داشت اگر چه شرکت او نسبت بتمام مبیع نباشد چنانکه مادهٔ ۸۱۰ در تعقیب همین نظر مقرر داشته است که «اگر ملك دونفر از ممر یا مجری مشترك باشد ویکی از آنها ملك خودرا باحق ممریامجری بفروشد دیگری حق شفعه دارد اگر چه‌در خود ملك مشاعاً شریك نباشند ولی اگر ملك را بدون ممر یا مجری بفروشد دیگری حق شفعه ندارد »

۸۳۸ - برای اینکه شریك بتواند ازحق اخذ بشفعه استفاده کند باید مالك مشاع باشد ، بنا بر این و مطابق ماده ۸۱۱ « اگر حصه یکی از دو شریك وقف باشد متولی یا موقوف علیهم حق شفعه ندارند . » زیرا که متولی یا موقوف علیهم مالك موقوفه نمیباشند .

۸۳۹ - ممکن است مبیع متعدد بوده و بعض آن قابل شفعه و بعض دیگر قابل شفعه نباشد ، در این صورت مطابق ماده ۸۱۲ شریك میتواند حق شفعه را « نسبت ببعضی که قابل شفعه است بقدر حصه آن بعض از ثمن اجرا نماید . » توضیح آنکه شفیع باید در حین اخذ بشفعه ثمنی را که مشتری داده است باو بدهد و حصه مبیعه را تملك نماید ، بنا براین اگر بعض از مبیع قابل شفعه و بعض دیگر غیر قابل شفعه باشد ، شفیع باید از تمام ثمن آنمقداری را که به بعض قابل شفعه تعلق میگیرد به مشتری داده و حق شفعه خود را نسبت بان بعض اجرا نماید ، لیکن شفیع نمیتواند حق شفعه خود را در هر صورت نسبت بیك قسمت ازمبیع قابل شفعه اجرا و نسبت بقسمت دیگر اجرا نکند ، چنانکه ماده ۸۱۵ در این مورد مقرر میدارد که « حق شفعه را نمیتوان فقط نسبت بیك قسمت از مبیع اجرا نمود . صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف نظر کند یا نسبت بتمام مبیع اجرا نماید . » چه اگر شفیع حق میداشت که حق شفعه را فقط بیك قسمت از مبیع اجرانماید در این صورت نه تنها ممکن بود که قسمت دیگر برای مشتری خالی از منفعت بوده و یا بواسطه مجزی شدن از قسمتی که مورد شفعه بوده تنزل فاحش در قیمت آن پیدا شود ، بلکه مقصود اصلی‌هم که احتراز ازکلفت حال اشاعه است حاصل نمیشد ، پس شفیع یا بایدازاخذ بشفعه صرف نظر کند ویا آن را نسبت بتمام مبیع مجری دارد .

۸۴۰ - ممکن است که مشتری بعد از عقد بیع و قبل‌از اخذ بشفعه نسبت بمبیع معاملاتی نموده باشد ، در اینصورت مطابق ماده ۸۱۶ معاملات مزبوره را اخذ بشفعه باطل مینماید ، چه اگر غیر این میبود مشتری بمحض وقوع بیع ، که شاید بدون اطلاع شریك‌واقع شده است ، مبیع را بدیگری منتقل مینمود وبدینطریق شریك را ازحق شفعه محروم میساخت . و از طرف دیگر چون منافع مشتری هم باید محفوظ بماند و اگر شریك حق داشته باشد که هروقت بخواهد از حق شفعه خود استفاده و معاملهٔ را که مشتری نموده است‌باطل کند ، مشتری نخواهد توانست نسبت بمبیع معاملاتی بنماید ، لذا ماده ۸۲۱ مقرر داشته است

که « حق شفعه فوری است. » یعنی شفیع باید بعد از مطلع شدن از بیع در مدتی که عادتاً میسر باشد از حق خود استفاده نماید و الا دیگر حق شفعه نخواهد داشت .

٨٤١ ـ هرچند در اخذ بشفعه شفیع ملکی را که مورد شفعه است قهراً و بلکه علی رغم مشتری تملك مینماید، لیکن این نکته مانع از آن نیست که شفیع حق خودرا از ناحیه مشتری تلقی کرده باشد و نه از ناحیه بایع. چه نه فقط بایع نسبت بشفیع اجنبی بوده بلکه بعد از وقوع بیع سلطه بایع نسبت بمبیع منقطع و این سلطه متعلق بمشتری میگردد، بنا براین اگر در ملکی که مورد شفعه بوده است عیب یافسادی ظاهر شود مشتری که در مقابل شفیع میتواند تا اندازهٔ بمنزله منتقل محسوب گردد ضامن درك خواهد بود و نه بایع. چنانکه همین مطلب را ماده ٨١٧ بطریق ذیل بیان نموده است « در مقابل شریکی که بحق شفعه تملك میکند مشتری ضامن درك است نه بایع. » ولی از طرف دیگر ممکن است که اصلا مشتری هنوز مبیع را که مورد شفعه واقع میشود قبض نکرده باشد تاآنرا بتصرف شفیع بدهد در اینصورت اگرچه از استدلال فوق میتوان استنباط نمود که شفیع باید بتواند برای مطالبه اقباض بمشتری رجوع کند چه بطوریکه مذکور شد مشتری در مقابل او بمنزله منتقل بوده و باید مورد شفعه را بتصرف شفیع بدهد لیکن قسمت اخیر ماده ٨١٧ حق رجوع بمشتری را در این مورد از شفیع سلب کرده و مقرر داشته است که « اگر در موقع اخذ بشفعه مورد شفعه هنوز بتصرف مشتری داده نشده باشد شفیع حق رجوع بمشتری نخواهد داشت. » راست است که از واقع شدن این حکم در ذیل حکمی که مشتری را در مقابل شفیع ضامن درك قرار میدهد و مخصوصاً از ربط آن باین حکم اخیر با حرف « لیکن » که مشعر براستدراك است ممکن است استنباط شود که مقصود از حق رجوع در قسمت اخیر ماده حق رجوع بعنوان ضمان درك است ونه حق رجوع برای مطالبه اقباض . لیکن اگر درست دقت گردد معلوم خواهد شد که مقصود قسمت اخیر ماده ٨١٧ نهاین بوده است که شفیع در صورتیکه مورد شفعه بتصرف مشتری داده نشده باشد از حق رجوع باو حتی برای ضمان درك هم محروم باشد، چه اگر مقصود این میبود شفیع نمیتوانست در صورت مفروض برای ضمان درك نه بمشتری و نه ببایع رجوع کند زیرا بحکم قسمت اول ماده حق رجوع او ببایع، وبحکم قسمت اخیر آن حق رجوع او بمشتری سلب شده است، و بنا براین در صورت مستحق للغیر در آمدن مورد شفعه تمام

ضرر متوجه شفیع میشد ، پس نظر بمراتب فوق باید اذعان نمود که قسمت اخیر مادهٔ ۸۱۷ راجع بحق رجوع شفیع است بمشتری برای اجبار او باقباض و نه برای ضمان درك و بنا براین مشتری در هرصورت از حیث درك ضامن خواهد بود .

۸٤۲ ــ نسبت بعیب و خرابی یا تلفی که ممکن است در مبیع قبل از اخذ بشفعه و یا بعد از آن ولی قبل از قبض شفیع حادث شود مادهٔ ۸۱۸ بطریق ذیل بیان حکم میکند که « مشتری نسبت بعیب و خرابی و تلفی که قبل از اخذ بشفعه در یـد او حادث شدهٔ باشد ضامن نیست . »

از اطلاق عبارات مادهٔ معلوم میشود که راجع بعیب یا خرابی یا تلفی که قبل ازاخذ بشفعه حاصل شود مشتری بهیچوجه مسئولیت نخواهد داشت اگرچه عیب یـا تلف در نتیجه تفریط یا تعدی او حاصل شدهٔ باشد . چه بعد از وقوع بیع و قبل از اخذ بشفعه مبیع ملك مشتری بودهٔ و مشارالیه میتواند نظر بقاعدهٔ الناس هرتصرفی را که بخواهد در مال خود بنماید ، و احتمال آنکه شاید شفیع بخواهد اخذ بشفعه کند نباید مانع ازتصرفات او باشد ، و بنا براین اگر شفیع بخواهد باوجود عیب یا نقص از حق شفعه استفادهٔ کند بایـد تمام ثمنی را که مشتری دادهٔ است باو بپردازد و یااز حق خود صرف نظرنماید ، منتهای مراتب در صورت استفادهٔ از حق شفعه تمام انقاض مبیع خواهٔ بحال غیر منقول باقی بودهٔ وخواهٔ منقول شدهٔ باشد مال شفیع خواهد بود .

نسبت بعیب یا خرابی که بعد از اخـذ بشفعه حادث شود قسمت اخیر مادهٔ ۸۱۸ مقرر میدارد که « همچنین است بعد از اخذ بشفعه و مطالبه در صورتیکه تفریط یا تعدی نکردهٔ باشد » یعنی مشتری نسبت بعیب و یا خرابی و یا تلفی که بعد از اخـذ به شفعه و مطالبه ، درمورد شفعه حادث بشود ضامن است اگر تفریط یا تعدی کرده باشد . ازعبارات این مادهٔ ظاهراً چنین استنباط میشود که برای ضمان مشتری در صورت تفریـط یا تعـدی شفیع باید هم اخذ بشفعه کردهٔ باشد وهم مطالبه تسلیم مورد شفعهرا وحال آنکه ممکن است ادعا نمود که اولا در انتقال مورد شفعه بشفیع همان اخذ بشفعه کافی بودهٔ و دیگر مطالبه تسلیم بهیچوجه در نفس انتقـال مـؤثر نمیباشد بنابراین همینکـه شفیع اخـذ بشفعه نمود انتقال حاصل و مادام که شفیع مطالبه تسلیم نکردهٔ مشتری در مقابـل او حکم امینی را خواهد داشت که مسئول نمیباشد مگر در صورت تفریط یا تعدی ، پس قید « مطالبه » بعد

از عبارت « اخذ بشفعه » نبایددر تولیدمسئولیت برای مشتری در صورت تقصیر مؤثر باشد،

ثانیاً ـ اگرشفیع اخذ بشفعه نمود و بعد از آن مطالبه تسلیم کرد مشتری مادام که تسلیم نکرده است درحکم غاصب ومتعدی‌بوده وباید مسئول هر نقص یا خرابی گردد اگر چه مستند بفعل او نباشد. نظر بمراتب فوق باید اذعان نمود که بالفت « مطالبه » بعد از عبارت « اخذ بشفعه » زیادی است و بایستی قبل از عبارت مزبوره گذاشته شده باشد و یا حرف واوی که این دو عبارت را بهم متصل مینماید عطف تفسیری بوده و مقصود از مطالبه تسلیم مورد شفعه نبوده بلکه مطالبهٔ بوده است که مقصود از آن همان نفس اخذ بشفعه باشد و الا قسمت اخیر ماده مخالف باحکم کلی میشد که امین را بعد از مطالبه شدن مالی که در ید او است در حکم غاصب قرار میدهد و مسئول هر نقص و عیب‌حادث در مال میکند اگرچه مستند بفعل او نباشد.

۸۴۳ ـ واما در روابط بین مشتری و بایع از حیث ضمان درك مقررات راجعه به عقد بیع متبع و مطابق قسمت اخیر ماده ۸۲۰ « حقوق مشتری در مقابل بایع راجع به درك مبیع همان است که درضمن عقد بیع مذکور شده است »

مطابق ماده ۸۱۹ « نما آتی که قبل از اخذ بشفعه در مبیع حاصل می شود در صورتیکه منفصل باشد مال مشتری و در صورتی که متصل باشد مال شفیع است » لیکن نماآت مزبوره ممکن است نماآت حقیقی نبوده بلکه‌زیادتی هائی باشد که در اثر عمل‌مشتری حاصل شده باشد از قبیل بنائی که مشتری ساخته و یادرختی که او غرس کرده است‌در این صورت مطابق قسمت اخیر ماده مزبوره « مشتری میتواند بنائی را که کرده و یا درختی‌را که کاشته قلع کند. »

۸۴۴ ـ ممکن است که بعد از بیع معیوب بودن مبیع معلوم شود و مشتری مطابق ماده ۴۲۲ ارش گرفته باشد در این صورت ماده ۸۲۰ مقرر میدارد که « شفیع‌در موقع اخذ بشفعه مقدار ارش را ازثمن‌کسر میگذارد . » چه در این مورد عوض حقیقی که مشتری داده است عبارت است از ثمن مبیع منهای ارش پس شفیع هم باید بمشتری آنچه را که داده است تادیه‌کند ونه زیاده از آن.

۸۴۵ ـ حق شفعه قابل اسقاط و قابل انتقال بوارث است، چه نه‌فقط این حق‌از جمله حقوق مالی محسوب است بلکه بهیچوجه اختصاص بشخص ندارد که در اجراء آن،

قید مباشرت شخص مستتر باشد ، وبنابر این ازحیث اسقاط ، حق مزبور بهمان طرقی که برای اسقاط سایر حقوق مقرر است ، ساقط میشود. چنانکه مادهٔ ۸۲۲ مقرر میدارد که « حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن بهر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع میشود » مثلا اگر شفیع بمشتری تکلیف کند که مبیع را باو بفروشد و یاتقاضای افراز کند این اقدام او کاشف از این است که حق اخذ بشفعه را از خود ساقط کرده است .

۸۴۶ ـ نسبت بامکان انتقال بوارث مادهٔ ۸۲۳ آنرا بطریق ذیل بیان مینماید که « حق شفعه بعد از فوت شفیع بوارث یاورات اومنتقل میشود . » لیکن چون حق مزبور بعد از انتقال بورات هم قابل اسقاط است و ممکن است که بعض ازورثه آنرا نسبت بسهم خودساقط و بعض‌دیگر بخواهند نسبت بسهم خود از حق مزبور استفاده کنند و در این صورت حالت اشاعه نسبت بسهم آنهائی که حق خود را ساقط مینمایند باقی مانده و مقصود از شفعه حاصل نخواهد شد، لذا وراثی که‌میخواهند از حق خود استفاده کنند باید مجبور باشند که این حق را نسبت بتمام‌مبیع اجرا کنند ویااز آن صرف نظر نمایند ، چنانکه مادهٔ ۸۲۴ در این موضوع مقرر میدارد که « هر گاه یك یاچند نفر از ورات حق خود را اسقاط کند باقی ورات نمیتوانند آنرا فقط نسبت بسهم خود اجرا نمایند وباید یاازآن صرف نظر کنند یانسبت به تمام مبیع اجرا نمایند» و بعلاوه از این مادهٔ معلوم میشود که انتقال حق شفعه بورات در روابط آنها بایکدیگر به نسبت سهم آنها خواهد بود و نه از حیث نفر ،ولی در مقابل مشتری تمام ورات حکم واحد را داشته و قائم مقام شفیع‌میباشند و بعلت همین نکته اخیر است که در صورت تعدد ورات اخذ بشفعه ممکن میباشد و حال آنکه اگر در روابط ورات بامشتری هر یك از ورات شریك علیحده محسوب میشد عدهٔ شرکاء از دو تجاوز میکرد وبه همین جهت نمی‌بایستی اخذ به شفعه ممکن باشد.

*

قسمت پنجم

در وصایا وارث

۸۴۷ - اگر چه قسم پنجم از طرق تملك عبارت است از ارث و در حقیقت وصیت از جمله عقودمحسوب و بایستی ذیل قسمت راجع بعقود ومعاملات تشریح شده‌باشد،ولی چون از یك طرف وصیت بی ارتباط بارث نبوده و ازطرف دیگر این امر عقدی نیست که کاملا در عرض عقود دیگر واقع شود و بلکه‌یك نوع خاصی از عقوداست ، لذا اخراج آن‌ازقسمت راجع بعقود و اد خالش در قسمت راجع بارث بی مورد نخواهد بود . ودر هر حال چون در قانون مدنی وصایا وارث درجزو یکقسمت نوشته شده است ماهم تقسیمات‌قانون‌را تعقیب و آنرا باب اول این قسمت قرار میدهیم .

باب اول

در وصایا

فصل اول

در کلیات

۸۴۸ ـ مطابق مادهٔ ۸۲۵ دو قسم وصیت موجود است: وصیت تملیکی و وصیت عهدی ، و هر یك از این دو قسم وصیت بموجب مادهٔ ۸۲۶ تعریف شده است . مادهٔ مزبوره از اینقرار است « وصیت تملیکی عبارتست از اینکه کسی عین‌یا‌ « منفعتی را ازمال خود برای زمان بعد از فوتش بدیگری مجاناً تملیك کند . »

« وصیت‌عهدی عبارتست‌ازاینکه شخصی یك‌یاچند نفر را برای انجام امریا اموری‌یا »
« تصرفات دیگری مأمور مینماید . »

« وصیت کنندهٔ را موصی ، کسیکه وصیت تملیکی بنفع‌او شده‌است موصی‌له ، مورد »
«وصیت موصی‌به و کسیکه بموجب وصیت عهدی‌ولی برمورد ثلث یابرصغیر قرار داده‌میشود »
«وصی نامیدهٔ میشود »

۸۴۹ - اگر بهر یك ازدو تعریف فوق مراجعه گردد ، فوراً معلوم میشودکه در تعریف وصیت استعمال لغت عقد نشده ، وبنابر این ممکن است این تردید تولید شود که آیا بنظر قانون وصیت عقد نبوده و بهمین‌جهت ، هم از استعمال لغت عقد احتراز شده وهم وصایا در خارج از قسمت راجع بعقود و معاملات ذکرشده است، و یابر عکس‌قانون آن را از جمله عقود دانسته و فقط بواسطه ارتباط آن با ارث از قسمت راجع به‌عقود خارج کرده است ؟

تردید مزبور نسبت بوصیت تملیکی‌بیمورد و نسبت بوصیت عهدی بموقع است . چه در عقد بودن وصیت تملیکی نمیتوان تردید نمود ، بدلیل‌اینکه مطابق ماده ۸۲۷ « تملیك بموجب وصیت محقق نمیشود مگر با قبول موصی‌له پس از فوت موصی . » پس برای اینکه وصیت تملیکی صحیحاً واقع ، و تملیك و تملك ناشی‌از آن تحقق پیدا کند ، باید ازناحیه موصی ایجاب ، و از ناحیه موصی‌له قبول گردد . منتهای مراتب قبول موصی‌له که‌موجب تحقق تملیك میشود قبولی است که بعد از فوت موصی بعمل آید ، چه بطوریکه در ضمن توضیحات راجعه باقسام عقود مذکور شد و از عبارت « برای زمان بعد از فوت » موصی که در تعریف وصیت تملیکی مندرج است معلوم میشودکه وصیت مزبور معلق است و تنجز آن نسبت بموصی موکول است بفوت او ، ونسبت‌به موصی‌له‌به قبول او بعد از فوت موصی و قبض موصی‌به .

بر عکس در عقد بودن وصیت عهدی میتوان تردید نمود . چه یکی از شرایط صحت عقود قصد ورضای طرفین است و در وصیت عهدی رضای وصی نه شرط صحت و نه شرط تحقق قرار داده شده است . چنانکه مطابق صریح ماده ۸۳۴ « در وصیت عهدی قبول شرط نیست » منتهای مراتب « وصی میتواند مادام که موصی زنده است وصایت را رد کند و اگر قبل از فوت موصی رد نکرد بعد از آن حق رد ندارد اگر چه جاهل بر وصایت بوده باشد . » پس در امریکه‌رضایت طرف شرط صحت و یاوقوع آن نباشد ، و حتی اگر این امر بدون اطلاع او واقع شده باشد و بعداز فوت طرف مقابل بهیچوجه حق رد آنرا نداشته باشد ، چگونه میتوان ادعا نمود که چنین امر عقدی از عقوداست .

معذالك و با وجود مراتب مذکوره تصورنمیشود که وصیت عهدی خارج از عقود باشد چه مسلم است که وصی میتواند مادام که موصی زنده است وصایت را رد کند یعنی

به‌وسیله ابراز عدم رضای خود از وقوع آن جلوگیری نماید، منتهای مراتب اگر وصی‌در حیوة موصی عدم رضایت خود را اظهار نکرد ولواینکه بعلت جهل بر وصایت باشد، دیگر نمیتواند آنرا رد کند، و در اینصورت‌وضعیت وصی مثل وضعیت بایعی خواهد بود که حاکم او را اجبار ببیع نماید، و همانطور که‌عدم رضای بایع مزبور از وقوع بیع‌بنحو صحت جلوگیری نمیکند همانطور هم عدم رضای وصی بعد از فوت موصی مانع نمیشود از اینکه وصیت بنحو صحت واقع شده‌باشد.

۸۵۰- نظر بمراتب فوق وصیت اعم از تملیکی وعهدی عقد بوده، وحتی آنرا بایقاع یعنی امری که رد یا قبول طرف در صحت آن بهیچوجه مدخلیت ندارد نمیتوان تشبیه نمود، لیکن بطوریکه در مقدمه این قسمت مذکور گردید وصیت‌را نمیتوان کاملا و از هر حیث در عرض سایر عقود قرار داد، چه در عقود دیگر نه فقط تقارن عرفی ایجاب و قبول شرط است، بلکه در بعضی مواردکه ازحیث‌قصد تبرع بی شباهت به‌وصیت تملیکی نیست، در صورتیکه برای طرف مقابل ابر از قبول ممکن نباشد حاکم ازطرف اوقبول مینماید، چنانکه در وقف بر مصالح عامه ماده٥٦ قانون مدنی قبول حاکم‌راشرط قرار داده است و بر عکس در وصیت تملیکی نه تنها تقارن عرفی بین ایجاب و قبول‌شرط نبوده و قبولی که نافذ باشد قبول بعد از فوت موصی است که شاید سالهای دراز بعد از ایجاب واقع میگردد، بلکه در مواردی هم که موصی له غیر محصور باشد قبول شرط صحت نیست. چنانکه مطابق ماده ۸۲۸ « هرگاه موصی‌له غیرمحصور باشد مثل‌اینکه وصیت برای فقرا یا امور عام‌المنفعه شود قبول شرط نیست » و مطابق ماده ۸۲۹ « قبول موصی‌له قبل از فوت موصی مؤثر نیست و موصی میتواند از وصیت خود رجوع کند حتی در صورتیکه موصی‌له موصی‌به را قبض کرده باشد. » بعلاوه ماده ۸۳۰ به مقام توضیح حکم مندرج در ماده ۸۲۹ بر آمده و مقرر میدارد که « نسبت بموصی له رد یا قبول وصیت بعد ازفوت موصی معتبر است » وازاین حکم اخیر که درحقیقت مفهوم‌مخالف‌حکم قسمت اول‌ماده۸۲۹است ماده ۸۳۰ نتیجه‌گرفته اضافه مینماید که «بنابراین اگر موصی له‌قبل‌از فوت موصی وصیت را رد کرده باشد بعداز فوت او میتواند آنرا قبول واگر بعداز فوت آنرا قبول وموصی به‌را قبض کرد دیگر نمیتواند آنرا رد کند لیکن اگر قبل ازفوت‌قبول کرده باشد بعداز فوت قبول ثانوی لازم نیست»

۸۵۱ـ عقد وصیت را از این حیث نیز نمیتوان در عرض سایر عقود قرار داد که در اغلب از عقود ناقله دیگر قبول طرف سبب تام انتقال محسوب وبمحض اینکه قبول حاصل شد انتقال ملکیت نیز بعمل میاید ، در صورتیکه در وصیت تملیکی که از عقود ناقله است قبول موصی‌له را نمیتوان سبب تام انتقال حساب نمود . چه اولا اگر قبول او سبب تام انتقال محسوب گردد باید گفته شود که مادام موصی‌له قبول نکرده است نسبت بموصی به حقی پیدا نمیکند وبنابر این اگر موصی له قبل از موصی بمیرد چون حقی نسبت بموصی به پیدا نکرده لذا حقی هم بورثه او منتقل نمیشود وحال آنکه دراثر وصیت برای موصی له نسبت بموصی به حقی ایجاد میگردد ، که مثل حق فسخ وحق شفعه قابل انتقال بورثه است ، واگر موصی له قبل از موصی بمیرد ورثه او میتوانند بعد از فوت موصی وصیت را قبول یارد کنند . پس نظر بمراتب فوق باید اذعان نمود که قبول موصی‌له سبب تام انتقال نبوده بلکه بمنزله شرط متأخر بوده ویا کاشف از انتقال مالکیت موصی به است بموصی له ، منتهای مراتب تملك موصی‌له متوقف برفوت موصی است اگرچه قبلا قبول خودرا اظهار کرده باشد ، وبهمین جهت اگر موصی وصیت را نظر بشخص موصی‌له کرده باشد ، وموصی‌له قبل ازاو فوت کند موصی آنرا بهم میزند ودیگر بورات موصی‌له مهلت نمیدهد که بعد از فوت موصی از موصی‌به استفاده نمایند ، واگر باوجود فوت موصی‌له موصی وصیت را بهم نزده باشد خود این امر منفی دال براین است که نسبت بشخص موصی‌له غرض خاصی نبوده ویا آن غرض بعد از فوت اودر ورثه اوهم منظور است . راست است که استدلال فوق را میتوان بطریق ذیل تخطئه نمود که از یك طرف درقانون‌مدنی نصی که انتقال حقی‌را نسبت بموصی‌به از ناحیه موصی‌له درصورت فوت او قبل از موصی بورثه موصی‌له تصریح کرده باشد وجود ندارد ، واز طرف دیگر برفرض امکان انتقال هم ، حقی که منتقل بورثه میشود فقط حق رد یاقبول موصی‌به است ونه حق مالکیت که منحصراً دراثر ایجاب موصی وبدون قبول موصی‌له حاصل شده باشد ، ولی دلیل دومی که ذیلا برای اثبات سبب تام انتقال نبودن قبول موصی‌له اقامه می‌شود برای این ایراد موقعی باقی نخواهد گذاشت .

۸۵۲ ـ ثانیاً ـ اگر قبول موصی‌له سبب تام انتقال شود باید اذعان نمود که بعد ازفوت موصی هم مادام که موصی‌له قبول نکرده است ملکیت موصی‌به باو منتقل نمیشود و بنابر این ورات موصی که بالوراثه مالك موصی‌به میشوند باید بتوانند در موصی‌به هرتصرفی

که بخواهند بنمایند وحال آنکه مطابق مادهٔ ۸۳۳ ورثه موصی نمی تواند درموصی به تصرف کند مادام که موصی له ردیاقبول خود را اعلام نکردهاست» پس خود این مادهٔ نیز دلیل بر این است که قانون موصی به را پس از ایجاب ازطرف موصی وفوت اومال موصی له قرار داده اگرچه موصی له قبول نکرده باشد ، وبهمین جهت تصرفات ورثه موصی رادر آن مال ممنوع نموده است ، والا دراین مورد برای ممنوع داشتن مالك از تصرف درمال خود دلیلی یافت نمیشد. پس قبول موصی له فقط کاشف از انتقال یا شرط متأخر خواهد بود ونه سبب تام انتقال ، منتهای مراتب اگر موصی له از ابراز عقیدهٔ خود که در صورت مشعر بر قبول بودن کاشف از انتقال است خود داری نماید مطابق قسمت اخیر مادهٔ مذکور فوق ورثه حق خواهد داشت که بحاکم رجوع کند چه قسمت مزبور مقرر میدارد که «اگر تأخیر این اعلام موجب تضرر ورثه باشد حاکم موصی له را مجبور میکند که تصمیم خودرا معین نماید.»

ازتمام مطالب فوق معلوم میشود که در عقد وصیت قبول موصی له شرط متأخر ویاکاشف ازانتقال است ونه سبب تام آن ، ودر این صورت تنها اشکالی که ممکن است پیش آیـد آنست که قبول موصی له باید مثل اجازهٔ مالك در صورت معامله فضولی که آنهم کاشف از انتقال است ازروز عقد مؤثر گردد ونه ازتاریخ قبول ، وبنا براین ورثه موصی باید نه فقط عین موصی به بلکه تمام منافع وثمرات آنرا که ازتاریخ وصیت ببعد حاصل شده است بموصی له بدهند . اشکال مزبوررا نیز میتوان بهاین طریق رفع نمود که در هر صورت واعم از اینکه قبول موصی له سبب تام انتقال باشد یاکاشف از انتقال ویاشرط متأخر چون موصی له نمی تواند قبل ازفوت موصی موصی بهرا تملك کند لذاثمره ونماآت موصی به را هم نمیتواند تملك کند مگر بعداز تاریخ مزبور چنانکه بموجب تعریف وصیت تملیکی نیز مقصود موصی تملیك بعد از فوت خود بوده است ولذا موصی له بهیچوجه نسبت بمنافع وثمرات موصی به که از تاریخ وصیت تاحین الفوت موصی حاصل شده باشد حقی نخواهد داشت ولی در صورت قبول تمام نماآت ومنافع حاصله از تاریخ فوت موصی متعلق بموصی له خواهد بود و این خود دلیل براین است که قبول لااقل بمنزله شرط متأخر بوده و سبب تام انتقال نمی باشد .

۸۵۳ ـ درهر حال واعم ازاینکه قبول موصی له سبب تام انتقال باشد ویاکاشف ازانتقال و یا شرط متأخر از مفاد مادتین ۸۲۹ و ۸۳۰ که فوقاً مذکور شد می توان احکام

ذیل را استنباط نمود :

اولا ـ موصی میتواند در مدت عمرخود ازوصیت رجوع کرده وآنرا بهم بزند بعبارت اخری عقد وصیت مادام که موصی درحال حیوة است جایز میباشد ورجوع ازوصیت هم مثل رجوع ازعقود جایزهٔ دیگر بهر لفظ یافعلی حاصل میشود که دلالت بربهم زدن نماید مثل اینکه موصی مورد وصیت را بفروشد ویاآنرا ثانیاً بدیگری وصیت کند .

ثانیاً ـ دروصیت تملیکی قبول موصی‌له قبل ازفوت موصی مؤثر نمیباشد اگرچه موصی‌به‌را قبض کرده باشد وفقط رد یاقبول بعد از فوت موصی معتبر است بنابراین موصی‌له میتواند بعد از فوت موصی موصی‌به‌را قبول کند اگر چه قبل از فوت او آنرا رد کرده باشد چه رد قبل از فوت اثری مترتب نیست و در حقیقت مثل طلاق قبل از نکاح خواهد بود .

ثالثا ـ تنجز وصیت نسبت بموصی‌له متوقف بر قبول و قبض موصی‌به است بعداز فوت موصی .

رابعاً ـ اگر موصی‌له قبل از فوت موصی قبول کرده باشد بعد از فوت او قبول ثانوی لازم نیست زیرا که در این صورت بقاء موصی‌له در حال قبول استصحاب شده و در حکم قبول بعد از فوت موصی میباشد .

خامساً ـ اگر موصی‌له بعد از فوت موصی و قبل از قبول رد نماید وصیت باطل میشود .

۸۵۴ـ اگرموصی‌له صغیر یامجنون باشد رد یاقبول باولی خواهد بود وحکم مزبور که بموجب مادهٔ ۸۳۱ مقرر است در مورد سفیه رعایت نخواهد شد چه وصیت تملیک مجانی است و سفیه میتواند آنرا بدون اجازهٔ ولی خود صحیحاً قبول کند .

بالاخره ممکن است موصی‌له فقط قسمتی از موصی‌به را قبول نماید در اینصورت مطابق مادهٔ ۸۳۲ « وصیت نسبت بقسمتی کـه قبول شده صحیح و نسبت بقسمت دیگر باطل میشود . »

فصل دوم

در موصی

۸۵۵ – برای اینکه وصیت صحیح باشد مطابق مادهٔ ۸۳۵ «موصی باید نسبت بمورد وصیت جائز التصرف باشد.» چه بموجب وصیت موصی مورد وصیت را برای بعد از فوت خود تملیك میکند و هیچکس نمیتواند چیزیرا که در آن جایز التصرف نیست تملیك نماید بنا بر این صغیر ومجنون نمیتوانند صحیحاً وصیت نمایند و چون تملیك فقط برای بعد از فوت است لذا موجود بودن و یا معلوم بودن موصی‌به ازهر حیث لازم نیست چنانکه ممکن است موصی ثلث دارائی خود را بموجب وصیت تملیك کند در صورتی که حین الوصیه مالك چیزی نمی باشد.

۸۵۶ – مطابق مادهٔ ۸۳۶ «هرگاه کسی بقصد خود کشی خود را مجروح یا مسموم کند یا اعمال دیگر از این قبیل که موجب هلاکت است مرتکب گردد و پس از آن وصیت نماید آن وصیت در صورت هلاکت باطل است ...» زیرا در این صورت شخص موصی را، که عامد درخودکشی بوده است، میتوان بمنزله کسی تلقی نمود که ازاوزوال عقل شده باشد، ووصیت چنین شخص بطوریکه فوقاً مذکور شد باطل است. وبعلاوه بطوریکه مادهٔ ۸۴۳ مقرر داشته وبعد مذکور خواهد شد هیچکس نمیتواند مازاد از ثلث دارائی خودرا بموجب وصیت تملیك کند، و در حقیقت ثلث دارائی نسبت بموصی در حکم دو ثلث دیگر است نسبت بورثه او، و همانطور که مطابق مادهٔ ۸۸۰ مقرر شده و در ضمن باب ارث گفته خواهد شد اگر وارثی مورث خودرا بکشد از ارث او محروم میباشد، همانطور هم اگر مورث خود را انتحار کند از حق تملیك ثلث بموجب وصیت محروم و وصیتی که بعد از اقدام بانتحار و قبل از موت نسبت بان نموده باشد باطل خواهد بود، ولی بدیهی است که برای بطلان وصیت اقدام موصی باید بقصد خود کشی باشد و نه صرف استقبال از تهلکه و یا واقع ساختن خود در معرض هلاکت بدون قصد اعدام نفس خود، و بهمین جهت اگر سربازی بعد از شروع بجنك که یك نوع استقبال از تهلکه است وصیت کند وصیت او صحیح خواهد بود اگر چه در جنك کشته شود، و همچنین اگر شخصی که برای نجات دیگری خود را باب میاندازد و یا داخل حریق میکند بعد از افتادن باب یا داخل شدن به آتش

وصیت کند وصیت او باطل نخواهد بود اگر چه در آب غرق شود و یا در آتش بسوزد.

در هر حال اگر کسی که اقدام بخود کشی نموده وسپس وصیت کرده است در نتیجه اقدام خود فوت نکند وصیت او نافذ است ، چه در این صورت مثل اینست که بعد از زوال علت بطلان ، وصیت جدیدی کرده باشد و این حکم را قسمت اخیر ماده ۸۳۶ بطریق ذیل بیان میکند « هرگاه اتفاقاً اقدامات موصی منتهی بموت نشد وصیت نافذ خواهد بود . »

۸۵۷ – بطوریکه فوقاً اشاره گردید و بعداً هم شرح داده خواهد شد حق موصی در تملیك بموجب وصیت منحصر است به ثلث از دارائی خود ، و بنا بر این موصی نمیتواند مازاد از ثلث را بدیگری بموجب وصیت تملیك کند تا چه رسد باینکه یك یا چند نفر از وراث خود را از ارث بکلی محروم نماید، چنانکه ماده ۸۳۷ همین نکته را تصریح و بطریق ذیل بیان نموده است : « اگر کسی بموجب وصیت یك یا چند نفر از ورثه خود را از ارث محروم کند وصیت مزبور نافذ نیست » و گر چه از جمله « نافذ نیست » ممکن است چنین نتیجه گرفته شود که هرگاه وارثی که بموجب وصیت محروم از ارث شده محرومیت خود را قبول نماید آن وصیت نافذ و معتبر میشود، ولی مسلم است که در این ماده هم مثل یکی دو مورد دیگر که در قسمت راجع بمعاملات تعرض بان شده جمله « نافذ نیست » بجای « باطل است » استعمال گشته و قبول کردن وارث محرومی خود را از ارث وصیت را نافذ و معتبر نمینماید. چه صفت وارثی امری است که از نقطه نظر حفظ انتظامات جامعه ایجاد شده و مورث یا وارث و یا هر دو نمیتوانند آنرا بصرف میل خود زائل کنند، و بالنتیجه سهم الارث هر وارث قهراً باو منتقل میشود ، واگر وارثی که مورث او را بموجب وصیت از ارث محروم نموده است بخواهد قصد موصی را رعایت و تصمیمات او را احترام کند، باید این نیت خود را نه بوسیله قبول محرومیت از ارث که موصی مقرر داشته است انجام دهد، بلکه باید بعقدی از عقود ناقله سهم الارث خود را مجاناً بوراث دیگر تملیك کند.

درموضوع وصیتی که بموجب آن موصی یك یاچند نفراز ورثه خودرااز ارث محروم میکند ممکن است این اشکال تولید شود که آیا بطلان وصیت مزبوره بطلان کامل بوده ومحرومیت وارث حتی نسبت به ثلث ترکه هم که تسلط موصی در مورد آن قابل تردید نیست

کان‌لم یکن خواهد بود، و یابرعکس بطلان وصیت ناقص بوده ونسبت بدو ثلث از ترکه محرومیت‌وارث باطل ونسبت به ثلث دیگر که موصی میتوانست بمیل خودبموجب وصیت تملیك کند صحیح خواهد بود .

برای توضیح اشکال فرض میکنیم که یکنفر بموجب وصیت یکی از وراث خود را از ارث محروم کرده باشد در این صورت ممکن است وراث دیگر در مقابل وارث محروم ادعا نمایند که راست است محروم کردن وارث از ارث خود ممنوع قانونی است ولی موصی حق داشت که ثلث ترکه خود را بهر کس که میخواست بموجب وصیت تملیك کند و بنا بر این وارث محروم باید از دو ثلث ترکه نصیب خود را برده و ثلث دیگر مخصوص سایر وراث گردد. و برعکس وارث محروم ممکن است ادعا نماید که راست است موصی میتوانست بموجب وصیت ثلث از دارائی خود را بهر کس که میخواست تملیك کند ولی بامحروم نمودن من از ارث ثلث را تملیك غیر نکرده و چون این محرومیت نیز بموجب قانون باطل است پس باید تمام ترکه بین وراث تقسیم شود

حال باید دید که کدام یك از دو عقیده فوق قابل تأیید میباشد .

برای تأیید عقیده اولی میتوان چنین استدلال نمود که چون نظر موصی این‌بوده است که بوارث محروم خود از ماترك او چیزی نرسد و در صورتیکه محرومیت کاملاو مانع قانونی‌داشته و این نظر موصی نمیتواند کاملا مجری گردد ، پس باید باین محرومیت تا اندازه که قانوناً ممکن است ترتیب اثر داده شود،بنابراین وارث محروم ، از سهم الارث خود در دو ثلث ما ترك محروم‌نگشته، ولی در قسمت ثلث که تسلط موصی برآن محرز است این محرومیت مؤثر خواهد بود. و علاوه اگر چنانچه موصی بجای اینکه محرومیت یکی از وراث خود را وصیت نموده باشد تمام دارائی خود را بموجب وصیت بورات دیگر خودتملیك می کرد، مگر نه در این صورت وارثی که باین طریق از سهم‌الارث خودنیز محروم میگردد،حق دارد که این وصیت رافقط درمازاد از ثلث اجازه نکند ونسبت به ثلث بهیچوجه حق ادعا نخواهد داشت، پس در هر صورت وارث محروم نباید بتواند سهمی را که‌از ثلث باو تعلق میگیرد ارثاً تملك کند. وبین وصیتی که موصی بطریق امر کرده ومطابق آن تمام دارائی خود را بورثه باستثناء یك نفر از آنها تملیك میکند، ووصیتی که بطریق‌نهی کرده وبموجب آن یکی از وراث‌خود راازسهم‌الارث محروم مینماید،نباید فرق گذاشته شود .

برعکس برای تقویت عقیدهٔ دوم میتوان چنین استدلال نمود که راست است اگر موصی تمام دارائی خودرا بموجب وصیت بورات خود باستثناء یك نفراز آنها تملیك نماید نه فقط میل او بمحروم کردن آن یکنفر از ماترك محرز میشود بلکه صراحتاً معلوم میگردد که میل او تملیك تمام ماترك بوراث دیگر بوده است، ودر این صورت چون محرومیت وارث نسبت بسهم خود از دوثلث مانع قانونی دارد بنابر این محرومیت او فقط نسبت به ثلث ترکه معتبر خواهد بود، ودر حقیقت این ترتیب بمعاملهٔ شبیه است که آن معامله نسبت بیك قسمت از مورد آن صحیح ونسبت بیك قسمت دیگر باطل باشد ولی اگر مورث فقط محرومیت یك نفراز وراث خودرا از سهم الارث وصیت کند بهیچوجه معلوم نیست که منظور او تملیك تمام ترکه بباقی وراث میباشد، چه ممکن است که برای موصی بیش از یکنفر وارث نباشد و در این صورت باقبول عقیدهٔ اول یعنی با قبول آن که باید منظور موصی رادر حدود امکان اجرا نمود، ووارث محروم را لااقل از ثلث ترکه محروم کرد لازم میاید که با ثلث مزبور معامله مال مجهول المالك بشود وبرای اجرای چنین رویه نه دلیل قانونی وعقلی ونه دلیل منطقی موجود است.

پس نظر بمراتب فوق باید اذعان نمود که محروم کردن یك یاچند نفراز وراث مستلزم تملیك تمام ترکه بوراث دیگر نیست ووصیتی که بموجب آن موصی برای ثلث خود تکلیفی معین نکرده وفقط یك یا چند نفراز وراث را از سهم الارث خود محروم نموده باشد انشاءً باطل ووارث یاوراث محروم نه فقط حق دارند که سهم الارث خود را از دوثلث ماترك ببرند بلکه باید ازتمام ترکه بانها سهم داده شود.

۸۵۸ ـ حق رجوع موصی را از وصیت خود که بطور غیر مستقیم مادهٔ ۸۲۹ بیان نموده است مادهٔ ۸۳۸ مستقیماً تصریح و مقرر میدارد که «موصی میتواند از وصیت خود رجوع کند.» و بعلاوه مادهٔ ۸۳۹ یکی از شقوق رجوع از وصیت را که عبارت از وصیت ثانوی برخلاف وصیت اول باشد ذکر ومقرر داشته است که «اگر موصی ثانیاً وصیتی برخلاف وصیت اول بنماید وصیت دومی صحیح است»

فصل سوم

در موصی به

۸۵۹ - از تعریف وصیت تملیکی معلوم میشود که موصی‌به ممکن است عین باشد یا منفعت چه در تعریف مزبور مندرج است که کسی عین یا منفعتی راازمال خود بدیگری مجاناً تملیك کند. و در هر حال و اعم از اینکه موصی‌به عین باشد یا منفعت، باید از جمله اموالی باشد که قانوناً قابل نقل و انتقال بوده و ملك خود موصی باشد چنانکه این شرط بموجب مادهٔ ۸۴۱ تصریح شده و مادهٔ مزبوره مقرر میدارد که «موصی‌به باید ملك موصی باشد.» واگر یك نفر بتواند نسبت بمال غیر با اجازهٔ مالك انواع معاملات نماید بر عکس بموجب قسمت اخیر مادهٔ مزبوره «وصیت بمال غیر ولو با اجازهٔ مالك باطل است.»

نسبت ببطلان وصیت بمال غیر ولو با اجازهٔ مالك، شاید بشود ایراد نمود که چه فرقی بین معامله فضولی و وصیت بمال غیر موجود است، که در صورت اول اجازهٔ مالك موجب نفوذ معامله میشود ودر صورت دوم اجازهٔ مالك‌مصحح وصیت نمیگردد. بایراد مزبور میتوان بطریق ذیل جواب داد که اساساً تصرف در مال غیر مخصوصاً وقتیکه این تصرف متضمن تملیك آن باشد باطل است و اگر قانون برای تسهیل بعضی امور یا برای‌جلوگیری از بعضی معایب از قاعدهٔ کلی خارج شده و خواسته است که اجازهٔ مالك موجب نفوذ معامله فضولی گردد، این نکته دلیل نمیشود که در هر مورد مشابه دیگر از قاعدهٔ کلی‌انحراف شود و چون وصیت امری است قائم بشخص و وصیت بمال غیر را نمیتوان بمعامله فضولی‌قیاس نمود، لذا حکم این را نیزدرآنمورد نمیتوان مجری داشت پس اگر کسی بعوض غیر وصیت کند مثل اینکه بگوید مال زید بعد از مردن او متعلق بعمروباشد، و یا از مال غیر وصیت کند مثل اینکه بگوید که مال زید بعداز مردن من بعمرو برسد این وصایا باطل خواهد بود اگر چه صاحب مال آنرا اجازه نماید.

۸۶۰ - برای اینکه وصیت بمال غیر محکوم ببطلان باشد باید مشعر بر تملیك مال غیر باشد در حالی که آن مال متعلق بغیر است، و اگر وصیت بمالِ غیر چنین اشعاری

نداشته باشد باطل نخواهد بود ، مثلا اگر کسی وصیت نماید که هرگاه بعد از تملك فلان خانه که متعلق بزیداست فوت نمایم آن خانه را بعمرو وصیتمیکنم . دراین صورتراستاست که حینالوصیه مورد آن متعلق بموصی نیست ولی چون تملیك معلق بفوت موصی است و ممکن استکه موصی قبل از فوت خود آنخانه را تملك کرده باشد ، لذا این قسم وصیت مثل وصیت مالی خواهد بود که هنوز موجود نشده است و وصیت چنین مال مطابقصریح مادهٔ ۸۴۲ صحیح است چه مادهٔ مزبوره مقرر میدارد که « ممکن است مالی را که هنوز موجود نشده است وصیتکرد . » ونیز اگر کسی که دارای هیچ اسبی نیست یك رأس اسب نوعی بدیگری وصیت کند وصیت بمال غیر نخواهد بود ، زیرا که نوع اسب یعنی اسبی که عینکلی باشد مال هیچکس نیست ، و در حقیقت موصی اقدام بامری را وصیت کرده استکه عبارتست از تحصیل یك رأس اسب وتسلیم آن بموصی له ، وهمچنین اگر موصی وصیت کرده باشد که فلان خانه متعلق بغیر خریداری شده و بفلان شخص دادهشود این وصیت نیز وصیت بمال غیر نخواهد بود .

۸۶۱ – وصیت تصرف در مال است و بنا بر این باید علیالظاهر مطابق قاعدةالناس موصی بتواند همانطور که در زمان حیوة خود بهر نحوی که مقتضی بداند در مایملك خود تصرف میکند وآنرا در مقابل عوض و یا بلاعوض تملیك غیر مینماید ، همانطور هم در تملیك برای زمان بعداز فوت خود آزاد باشد ، ولی بطوریکه قبلا هم مذکورشد چون امر وراثت از نقطه نظر نظام اجتماعی بر قرار شده است و مورث نمیتواند بمیل خود صفت وارثی راکه ثمره حتمی آن تملك سهمالارث است از وراث قانونی خود سلبکند ، لذا قانون تسلط موصیرا نسبت بزمان بعد از فوت او در مایملك خود محدود نموده است . و از طرف دیگر چون موصی مالك است وشاید اغراض و آمالی دارد که میخواهدبرای تحصیل آن بعد از فوت خود مالی صرف کند ، و سلب کامل تسلط او از مایملك خود از نیل باین مقصود جلوگیری مینماید ، لذا قانون برای التیام بین این دو وضعیت متضادحق تسلط موصی را نسبت به تملیك مایملك خود برای بعد از فوتخود نهکاملا سلب و نه کاملا باقی گذاشته و موصی را مجاز نموده است که ثلث از اموال خود را بهر نحوی که مقتضی میداند بموجب وصیت تملیك نماید ویا بصرف در اغراض خاصه خودتخصیصدهد و دو ثلث دیگر مخصوص وراث او شود ، چنانکه مادهٔ ۸۴۳ که سابقاً هم بان اشارهگردید

این حکم را بیان و مقرر میدارد که « وصیت بزیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست . » لیکن اگر موصی بعلتی از علل ، خواه بعلت جهل بر این حکم ، و خواه بعلت اطمینان کاملی که نسبت بورات خود دارد ومیداند که آنها از احترام و صایای او سر پیچی نخواهند کرد ، زیاده بر ثلث را وصیت نماید ، در این صورت صحت وصیت نسبت بزیاده متوقف بر اجازه وراث خواهد بود ، ولی اجازه هر یك از وراث هم نسبت بسهم‌الارث خود نافذاست‌چنانکه مادهٔ ۸۴۳ مذکور بعد از تصریح باینکه « وصیت بزیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست » اضافه مینماید «مگر بااجازه وراث » و نیز برای توضیح اینکه هر یك از وراث فقط نسبت بسهم‌الارث خود میتواند اجازه یا رد نماید مقرر میدارد که « اگر بعض از ورثه اجازه کند وصیت فقط نسبت بسهم او نافذ است . »

۸۶۲ - حال باید دید که اجازه ورثه در چه زمانی معتبر است ، بدیهی است که اگر ورثه وصیت بر مازاد ثلث را بعد از فوت موصی اجازه کنند این اجازه معتبر بوده و دیگر برای ورثه حق رجوع نمیباشد . ولی اگر اجازه ورثه قبل از موت موصی باشد ، آیا آنها حق خواهند داشت که‌قبل ازفوت‌او یا بعد از آن ازاجازه‌خود رجوع نمایند یانه ؟

شاید برای جواب مثبت باین سؤال بتوان استدلال نمود ، که قبل از فوت‌موصی برای ورثه او نسبت بمال مورث حقی موجود نمیباشد ، و بنا بر این به‌اجازه یا عدم اجازه آنها در زمان حیوة موصی اثری نمیتوان مترتب نمود . پس اگر قبل از فوت موصی ورثه وصیت او را نسبت بما زاد از ثلث اجازه کرده باشند اقدام بامر لغوی نموده ومیتوانند چه در زمان حیوة موصی وچه بعدازفوت اواز اجازه خود صحیحاًعدول کنند ، ولی استدلال فوق به‌این اطلاق صحیح نیست . چه در هر صورت‌اگر رجوع وراث ازاجازهٔ که قبل از فوت موصی نسبت به وصیت برمازاد از ثلث داده اند ، برای آنها حقی تصور شود ، این حق محدود به‌حق موصی له خواهد بود . یعنی وراث نمیتوانند از این حق خود بنحوی که مستلزم تضرر موصی له باشد استفاده کنند . بنابر این باید بین استفاده‌از حق رجوع در زمان حیوة موصی واستفاده ازحق مزبور بعدازفوت او فرق گذاشته شود . توضیح آنکه قبل از فوت موصی نه‌برای ورثه نسبت بدارائی اوحق ثابتی ایجاد میشود ونه برای موصی له نسبت بموصی به ، و هرگاه وراث قبل ازفوت مورث خود از اجازهٔ که نسبت بوصیت بر مازاد از ثلث داده اند رجوع کنند ، این اقدام آنها موجب تضییع حق

موصی‌له نخواهدبود ، وبنا براین میتوانند بنحو صحت از اجازهٔ خود رجوع کنند . ولی‌هرگاه وراث درزمان حیوة مورث خود وصیت بر مازاد از ثلث را اجازه کنند وقبل ازفوت‌موصی هم‌از اجازهٔ خود رجوع ننمایند موصی به که زائد برثلث است بمحض فوت موصی منتقل به موصی‌له میشود درحالی که زیادهٔ برثلث آن را ورثه قبلا اجازه دادهٔ و بعبارت اخری رضای خودرا نسبت به خروج‌آن از ارث ظاهر ساخته اند ، واگر درچنین حالی بوراث حق دادهٔ شود که‌از اجازهٔ قبلی‌خود رجوع کنند این اقدام‌آنها موجب تضییع‌حق ثابت موصی‌له بودهٔ وبنابر این باید از استفادهٔ ازآن ممنوع باشند ، پس مجمل آنکه‌اگر وراث وصیت به مازاد از ثلث راقبل ازفوت موصی اجازه کردهٔ باشند مادام که موصی فوت نکرده است میتوانند ازاجازهٔ خود رجوع کنند ، وبرعکس همینکه موصی فوت کرد حق رجوع ساقط و دیگر نمیتوانند ار حق مزبور استفاده‌کنند ، لیکن این نکته نیز باید گفته شود که اجازهٔ وصیت نسبت به‌مازاد ازثلث اجازهٔ وتنفیذ فعل موصی است وبنابر این موصی‌له موصی‌به رامتلقی از موصی محسوب و در مقابل ورثه او بهیچوجه سمت متهب را نخواهدداشت ، و اگر غیر این میبود وراث میتوانستند بعداز اجازهٔ هم مادام که عین باقی است از اجازهٔ خود نسبت به مازاد ازثلث رجوع کنند .

۸۶۳ ـ در هرحال موصی میتواند ثلث ترکه خودرا بهر کسیکه میخواهد تملیك کند ویا بهر مصرفی‌که میخواهد تخصیص دهد ، ولی بدیهی است که موصی نمیتواند از این آزادی خود برای مخالفت با قوانین ویا اختلال نظام اجتماعی استفاده‌کردهٔ وقسمتی از مال‌خود را بصرف درامر نامشروع وصیت‌کند چنانکه مادهٔ ۸۴۰ همین معنی را تصریح کردهٔ و مقرر میدارد که «وصیت‌بصرف مال‌درامرغیرمشروع باطل‌است» بنابراین‌موصی‌نمیتواند مثلاوصیت کند که‌ثلث باهر مقدار از مال او برای ترویج فحشاء یا اعانت بر یاغیان صرف شود .

۸۶۴ ـ مقصود ازثلث ترکه‌که موصی میتواند بموجب وصیت تمایك کند نه ثلث آنست درزمان وصیت ، بلکه ثلث مزبور باعتبار دارائی‌موصی درزمان فوت او حساب میشود . چنانکه‌درهمین موضوع مادهٔ ۸۴۵صراحتاً مقرر داشته است که « میزان ثلث باعتبار دارائی موصی در حین وفات معین‌میشود نه باعتباردارائی اودرحین‌وصیت . » پس ممکن است ثلث بیشتر یا کمتر از مقداری باشد که در زمان وصیت تخمین میشد وحال بایددید که موصی‌به بچه قسم باید از ثلث اخراج شود ـ برای توضیح این مسئله میگوئیم که موصی به

ممکن است عین معین باشد یامنافع ملکی در مدت معین و یا بنحو دائم ویا عین کلی ویـا بالاخره جزء مشاع ازترکه مثل ربع یاخمس .

۸۶۵ ـ هرگاه موصی به مال معین باشد برای اخراج از ثلث باید آن‌مال تقویـم شود ، و مطابق مادهٔ ۸۴۴ « اگر قیمت‌آن بیش ازثلث ترکه باشد مازاد مال ورثه است مگر این که اجازه کنند . »

۸۶۶ ـ « هرگاه موصی به منافع ملکی باشددائماً یادر مدت معین » مطابق مادهٔ ۸۴۶ « بطریق ذیل از ثلث اخراج میشود : بدواً عین ملك بامنافع آن تقویم میشود » «سپس‌ملك مزبور بامسلوب‌المنفعه بودن در مدت وصیت تقویم شده تفاوت بین دو قیمت » «ازثلث حساب میشودواگر موصی به منافع دائمی ملك بوده و بدینجهت عین ملك قیمتی» «نداشته باشد قیمت ملك‌باملاحظه منافع ازثلث محسوب میشود . »
مثلا اگر کسی منافع ملکی را که سالی یکهزار تومان عایدی دارد بمدت ده‌سال وصیت کرده باشد آن ملك قبلا با منافع تقویم میشود وفرض میکنیم که ملك مزبور با فرض غیر مسلوب المنفعه بودن بدهزارتومان‌تقویم گردد . پس از آن‌ملك باید با ملاحظه مسلوب المنفعه بودن درمدت ده سال تقویم شود . وفرض میکنیم که در این صورت قیمت ملك بچهارهزار وپانصدتومان معین گردد . تفاوت بین این دوقیمت یعنی‌ده‌هزارتومان‌وچهارهزار وپانصد تومان که عبارت از پنجهزار وپانصد تومان باشد ازثلث محسوب خواهد شد واگر منافع ملك‌بنحو دائم وصیت شده باشد تمام دهزار تومان ازثلث حساب میگردد .

۸۶۷ ـ اگر موصی به عین کلی باشد مطابق مادهٔ ۸۴۷ « تعیین فرد با ورثه است » یعنی خود وراث باید معین نمایند کهچه فردی ازآن کلی باید بموصی‌له داده شود مثلا اگر موصی وصیت کرده باشد که یك اسب بموصی‌له بدهند تعیین فرد اسب که کدام یك‌از اسب ها باشد باخود ورثه است .

در صورتیکه موصی‌به عین کلی باشد ممکن است این اشکال پیش آید که تحصیل فرد آن ولو از ادنی جنس باثلث ماترك ممکن‌نباشد . مثلا موصی‌به یك اسب باشد و ثلث ما ترك بقدری قلیل باشد که برای تحصیل یك اسب ولو از پست ترین افراد کافی‌نباشد ، در این صورت ممکن است چندین طریق حل در نظر گرفت :

اول ـ اینکه چون نظر موصی باید رعایت و حتی‌المقدور بموقع اجرا گذاشته‌شود

لذا اگر اجرای آن کاملا میسر نباشد باید تا اندازهٔ که میسور است اجرا گردد وبنابراین اگر تحصیل یك رأس اسب ممکن نیست باید یك حصه مشاع از آن که ثلث ما ترك کفایت آنرا بنماید تحصیل و بموصی‌له داده شود و یا تمام ثلث بخود موصی‌له داده‌شود تا هر استفادهٔ که میخواهد بنماید .

دوم ـ آنکه چون وصیت تا اندازهٔ شبیه بوقف است وبنا بر این اگر انجام مقصود موصی متعذر شود باید موصی به صرف بریات گردد چنانکه مادهٔ ۹۱ همین تصمیم را نسبت بوقف اتخاذ کرده است .

سوم ـ آنکه وصیت بواسطه غیر ممکن الانجام بودن باید باطل و موصی‌به جزوارث محسوب شود چنانکه اگر موصی وصیت کرده باشد که ثلث مال او را برای ترویج‌زراعت در کرهٔ ماه صرف نمایند تصور نمیرود که کسی ادعای صحت چنین وصیت را کرده وبخواهد برای متعذر بودن مصرف آن آنرا در بریات صرف کند همینطور است در صورتیکه تحصیل فرد کلی با ثلث ماترك مقدور نباشد .

۸۶۸ ـ و بالاخره اگر موصی به جزء مشاع ترکه باشد مثل ربع یا ثلث در این صورت مطابق مادهٔ ۸۴۸ «موصی‌له با ورثه‌در همان مقدار ازترکه مشاعاً شریك خواهدشد.» ولی بدیهی است که شرکت موصی‌له با ورثه تا میزان ثلث صحیح بوده و در مازاد آن محتاج باجازهٔ وراث است بنا براین اگر موصی به نصف مشاع ترکه باشد ورثه میتوانندآنرا نسبت بیك سدس که تفاضل نصف وثلث است اجازه نکنند .

۸۶۹ ـ ممکن است یکنفر زیادهٔ برثلث را بترتیب معینی‌بچندین امر یابچندین نفر وصیت کرده باشد و ورثه زیادهٔ رااجازهٔ نکنند در این صورت مطابق مادهٔ ۸۴۹ موصی‌به بایدبهمان ترتیبی که وصیت شده است از ترکه خارج شود تا میزان ثلث ، و زائد برثلث باطل خواهد شد . مثلا اگر کسی بسه نفر و بهر یك یك‌سدس ترکه خود را بترتیب وصیت کردهٔ باشد در این صورت حصه دو نفر اول که جمعاً یك ثلث است دادهٔ شدهٔ و وصیت نسبت بحصه سومی باطل خواهد شد . و همچنین اگر کسی یك عشر ترکه خودرا بیك نفر و یك خمس آنرا بیك نفر دیگر و یك ربع آنرا بشخص سومی بترتیب وصیت کرده‌باشد حصه اولی و دومی که جمعاً سه عشر ترکه است تمام داده میشود ، و چون بعد از پرداخته شدن این دو حصه تا میزان یك ثلث ترکه بیش از یك سی ام آن باقی نمیماند لذا بسومی

فقط یك سی‌ام ترکه میرسد ووصیت نسبت بمازاد از آن باطل میشود .

و بر عکس اگر وصیت بترتیب نبوده و بهمه یك دفعه شده باشد در این صورت مطابق قسمت اخیر مادهٔ ۸۴۹ زیاده از همه کسر میشود مثلا اگر کسی نصف ترکه‌خود را دفعتاً و بدون ترتیب بدو نفر وصیت کرده باشد و ورثه مازاد از ثلث را اجازه نکنند بهر موصی‌له بعوض یك ربع ترکه یك سدس آن داده میشود .

فصل چهارم

در موصی‌له

۸۷۰ـ مطابق مادهٔ ۸۵۰ « موصی‌له باید موجود باشد .... » پس وصیت بنفع کسی که معدوم شده و یا هنوز بوجود نیامده است صحیح نخواهد بود و بنابر این اگر کسی بنفع دیگری که بگمان موصی زنده میباشد وصیت کند و بعد معلوم شود که موصی‌له در حین وصیت فوت کرده بوده است ، این وصیت باطل خواهد بود ـ ولی نسبت بکسیکه‌هنوز بوجود نیامده است ممکن است این اشکال تولید شود که آیا برای صحت وصیت موجود بودن موصی له در حین وصیت لازم است یا وجود او در حین فوت موصی کافی است ؟

برای لزوم وجود موصی‌له در حین وصیت میتوان بطریق ذیل استدلال نمود که وصیت تملیکی تملیك عین یا منفعت است ومالکیت از صفات وجودیه است که نمیتواند قائم بمعدوم گردد و بلکه قائم بودن آن بمعدوم غیر قابل تصور است بنا بر این معدوم نه اهلیت و نه قابلیت تملك را دارا میباشد ـ پس موجود بودن موصی له در حین وصیت شرط صحت آن خواهد بود .

اگر چه در مقابل استدلال فوق میتوان ادعا نمود که عقد وصیت به تنهائی ایجاد مالکیت نمیکند و بلکه تملك موصی‌له متوقف بر فوت موصی است لذا اگر موصی‌له درحین فوت موصی موجود باشد اهلیت تملك را داشته و وصیت صحیح خواهد بود اگر چه در حین وصیت هنوز وجود نداشته باشد ، لیکن چون عقد وصیت قطع نظر از تملیك‌وتملك برای‌موصی‌له ایجادحقی‌مینماید که‌لااقل عبارتست‌از حق ردیاقبول ، وبطوری که‌سابقاًهم‌مذکورشد این‌حق‌درصورت‌فوت موصی‌له‌قبل‌ازموصی قابل‌انتقال بورثه‌موصی‌له است‌وچون‌ایجاد حق از هر قبیل که‌باشد بنفع‌یکنفر

وقتی ممکن است که آنشخص درحین ایجادحق موجود باشد وهیچ حقی نمیتواند مستقیماً ومستقلا قائم بمعدوم باشد ، لذا ادعای اینکه برای صحت وصیت وجود موصی‌له در زمان‌فوت موصی شرط است ونه وجود اودر زمان وصیت ادعای باطلی خواهد بود .

درهر حال وباوجود مراتب فوق که بموجب آن وجود موصی‌له در حین وصیت شرط صحت وصیت است ونه وجود او در حین فوت موصی ، وصیت بنفع غیر موجود یعنی کسیکه هنوز نطفه او منعقد نشده است غیر ممکن نیست : چه اگر وصیت مزبور بنحو تملیك غیر ممکن باشد بنحو عهد خارج از امکان نخواهد بود و موصی میتواند وصی خود را مأمور نماید که فلان مال‌را بطفلی که از فلان کس متولد میشود بدهد اگرچه آن طفل نه‌در حین وصیت وجود جنینی داشته باشد و نه در حین فوت موصی . پس مجمل آنکه در وصیت تملیکی وجود موصی له درحین وصیت شرط صحت است ودر وصیت عهدی ممکن است کسیکه هنوز بهیچوجه وجود ندارد بطور غیر مستقیم موصی‌له واقع شود .

۸۷۱ ـ نسبت بکسیکه هنوز بوجود نیامده است بایداین نکته ملحوظ شود که‌مقصود از وجود آمدن متولدشدن نیست ، بلکه بطوریکه در فصل راجع بحق انتفاع ازقبیل‌وقف وغیره مذکور شد و در ضمن ارث هم‌گفته خواهد شد ، همینکه نطفه شخص منعقد گردید از نقطه نظر حقوقی آنشخص موجود محسوب است و میتواند دارای همه قسم حق‌شود ، منتهای مراتب استقرار قطعی آن حقوق متوقف خواهد بود بر اینکه زنده متولد گردد چنانکه همین معنی را ماده ۸۵۱ بطریق ذیل تصریح مینماید « وصیت برای حمل صحیح است لیکن تملك او منوط است براینکه زنده متولد شود . » ولی بدیهی است‌که مقصود ماده مزبوره از مشروط کردن تملك بزنده متولد شدن حمل نه این است که خود زنده متولد شدن موجب تملك میشود بلکه بعد ازآن هم بایدمطابق‌اصل کلی که‌قبلا مذکور گردید ولی یا قیم طفل اگر در حین فوت موصی طفل صغیر باشد ویا خود او اگر در آن موقع کبیر و رشید شده باشد موصی به را قبول نماید .

۸۷۲ ـ ممکن است حملی‌که برای او وصیت شده دراثرجرمی سقط شود در این صورت مطابق ماده ۸۵۲ « موصی‌به بورثه او میرسد . » ولی چون از طرف دیگرممکن است که خود وارث حمل برای استفاده از موصی به مرتکب جرم گردد واگر با وجود این بتواند از موصی به استفاده‌کند این‌خود تشویق بر ارتکاب جرم خواهد بود ، لذا ماده

مزبور اضافه میکند که اگر جرم‌مانع ارث باشد در این صورت موصی‌به بورثه حمل نخواهد رسید ، مثلا اگر مادری که تنها وارث حمل خود میباشد جنین خود را عمداً سقط نماید دیگر مادر مزبور از مالی که برای حمل او وصیت شده است استفاده نخواهد کردچنانکه از حمل مزبور بهیچوجه نمیتواند ارث ببرد . ولی بدیهی است برای اینکه این ماده مورد اجرا پیدا کند باید حمل زنده متولد شده وسپس بمیرد واگر درنتیجه جرم حمل‌مرده‌بدنیا آید موصی‌به نمی تواند ملك او گردد تاچه رسد باینکه بورثه اومنتقل شود یانه .

۸۷۳- درهر حال از حیث شرایط راجعه بموصی‌له موجود بودن در حین و صیت ولو بشکل جنین کفایت نمیکند که وصیت بنحو صحت واقع گردد بلکه ، مطابق قسمت‌اخیر مادهٔ ۸۵۰ موصی‌له باید « بتواند مالك چیزی بشود کـه برای او و صیت شده است . » بنابر این اگر موصی‌به‌مالی باشد که موصی‌له نتواند مالك آن گردد وصیت صحیح‌نخواهد بود . مثلا اگر اتباع خارجه حق نداشته باشند که در ایران مال غیر منقول تملـك و یا تحصیل کنند وموصی له تبعه خارجه بوده وموصی‌به هم مال غیر منقول واقع در ایران‌باشد چنین وصیت صحیح نخواهد بود .

حال باید دید که موصی له باید در حین وصیت قابلیت مالك بودن موصی به راداشته‌باشد یاقابلیت اودر حین فوت موصی کافی خواهد بود .

برای توضیح مطلب مثال فوق را تکرار کرده وفرض میکنیم که موصی‌له درحین و صیت تبعه خارجه بوده وموصی‌به مال غیر منقول واقع در ایران باشد ولی درحین فوت‌موصی موصی‌له تبعیت خارجه را ترك وتحصیل تابعیت ایران نموده باشد در این صورت آیا وصیت صحیح خواهد بود یانه ؟ برای ادعای صحت وصیت شاید بتوان استدلال نمود کـه راست است موصی‌له درحین وصیت یعنی درحین تملیك قابلیت تملك را نداشته ولی چون تملك او درحین فوت موصی تحقق پیدا مینماید لذا اگر در موقع مزبور قابلیت تملك را داشته باشد و صیت صحیـح خواهـد بود . و لی استدلال مزبور استـدلال ضعیفی است چـه حق موصی لـه بـرای تملـك در حیـن فوت موصی بموجب وصیت بر قرار می شود و همانطور که وجود موصی له در حین وصیت شر ط صحت آن است همانطـور هم باید قابلیت او برای تملك موصی به در حین وصیت شرط صحت باشد و اگر غیر این میبود بایستی گفته شود که نسبت بغیر موجود هم وجود او در حین فوت برای صحت‌وصیت

کافی خواهد بود . درهرحال کسیکه قابلیت داشتن حقی را نداشته باشد نسبت باین‌موضوع حکم غیر موجود را دارد و بنابراین موصی له باید درحین و صیت هم مو جود بودهٔ و هم قابلیت تملك موصی به را داشته‌باشد.

۸۷۴ – بالاخره در ضمن مطالب راجعه بموصی له ایـن نکته نیز باید گفته شو د که مطابق مادهٔ ۸۵۳ « اگر موصی لهم متعدد و محصور باشند مو صی به بین آن ها بالسویه تقسیم میشود مگر اینکه موصی طور دیگر مقرر داشته باشد . »

فصل پنجم

در وصی

۸۷۵ – بطوریکه سابقاً مذکور شد وصی کسیست که بموجب وصیت عهدی ولی بر مورد ثلث یا بر صغیر قرار داده میشود پس اگر موصی یکنفر را بموجب وصیت‌برای ادارهٔ و مصرف کردن ثلث خود معین نماید و یابه او نسبت باولاد صغیر خود ولایت دهد این شخص وصی خواهد بود .

موصی مجبور نیست که فقط یکنفر را بعنوان وصایت معین کند بلکه مطابق مادهٔ ۸۵۴ مشارالیه میتواند یك یا چند نفر راباین عنوان معین نماید و اگر عدهٔ اوصیاء بیش از یکنفر باشد آنها باید مجتمعاً عمل بوصیت کنند و مطابق قسمت اخیر مادهٔ مزبورامکان اقدام آنها بنحو استقلال موکول بر این است که از طرف موصی تصریح شدهٔ باشد .

۸۷۶ – در صورت تعدد اوصیاء وصایت آنها ممکن است بنحو ترتیب باشد چنان که مادهٔ ۸۵۵ در این موضوع مقرر میدارد « مو صی میتو اند چند نفر را بنحو ترتیب وصی معین کند باین طریق که اگر اولی فوت کند دومی وصی باشد و اگـر دومی فوت کرد سومی باشد وهکذا . »

۸۷۷ – اگر چه وصیت عهدی از جمله عقود است ولی بطوریکه سابقاً مذکور شد عقدی نیست که از هرحیث درعرض سایر عقود بودهٔ و تابـع تمام احکام آنها باشد چنانکه مادهٔ ۸۵۶ بموصی اجازهٔ میدهد که یکنفر صغیر را باتفاق یکنفر کبیروصی قرار دهد منتهـای مراتب « در این صورت اجر اء وصایا با کـبیر خـواهد بو د تا مو قـع بلوغ ورشد صغیر . »

۸۷۸ ـ در حقیقت شخصی که از طرف موصی بعنوان وصایت معین می شودشبیه بکسی است که از طرف واقف بعنوان تولیت معین میگردد وبهمین جهت ماده ۸۵۸وصی را نسبت باموالی که برحسب وصیت دریدِ او میباشد درحکم امین قرار داده و او را مسئول نمینماید مگر اینکه مرتکب تفریط یا تعدی شده باشد ، ونیز ماده ۸۵۷ مقرر می دارد که « موصی میتواند یکنفر را برای نظارت در عملیات وصی معین نماید » همان طور که واقف میتواند یکنفر را برای نظارت در عملیات متولی معین کند ودراین صورت مطابق قسمت اخیر مادهٔ مزبوره « حدود اختیارات نا ظر در عملیات وصی بطریقی خواهد بودکه موصی مقرر داشته است یا از قرائن معلوم شود . »

۸۷۹ ـ اگر چه وصی از غالب حیثیات بی شباهت بمتو لی نیست ولی از یك حیث با متولی فرق کلی دارد وآن اینست که متولی را بهیچوجه نمیتوان معزول نمود ، و اگر مطابق میل واقف عمل نکند ضم امین میشود وانعزال او فقط در صور تی است که صفت مشروط بتوسط واقف را فاقد گردد ، ولی برعکس همینکه وصی برطبق وصایای موصی رفتار ننمود مطابق مادهٔ ۸۵۹ ضامن ومنعزل است .

۸۸۰ ـ نسبت بکسی که بموجب وصیت میتواند ولی برصغیر قرار دهد مادهٔ ۸۶۰ مقرر میدارد « که غیر از پدر و جد پدری کس دیگر حق ندارد بر صغیر وصی معین کند . » این مادهٔ درحقیقت نتیجه ولایت قانونی پدر وجد پدری است نسبت باولاد صغار و همانطور که قانون پدر وجد پدری را در زمان حیوة آنها ولی بر اولاد صغیر خود قرار دادهٔ است همانطور هم بانها حق میدهد که ولی طفل را برای زمان بعد از حیوة خود نیز معین کنند ، و بدیهی است کسیکه از طرف آنها باین سمت معین شود ولایت‌قانونی خواهد داشت ولی این نکته باید قید گردد که هیچیك از پدر یاجد پدری نمیتوانند با وجود دیگری برای صغیر وصی معین کند بلکه این حق‌منحصر است بانکه بعد ازدیگری زندهٔ میماند .

باب دوم

در ارث

۸۸۱ - انسان بهرمقدار زیادی‌که در صحنه عالم زندگانی کند و بهر اندازهٔ که برای بقاء خود در روی زمین داخل در تنازع گردد ، بالاخره باید جرعه موت رابسر کشد ، اگر انسان هم که حیوان ناطق است مثل حیوانات دیگر میبود ، یعنی در مدت عمر خود نه تحصیل مال میگرد و نه دارای حق مالی میشد ، موت اونیز از نقطه نظر حقوقی تولید اشکال نمیکرد ، ولی غالباً انسان فوت میکند در حالتیکه دارای اموال و حقوق است ، و مسئله ارث که تمام شارعین را بخود مشغول نموده وهریك بترتیبی آن را مرتب کرده است عبارتست از دانستن اینکه دارائی وحقوق شخص باید بعداز فوت او بکه برسد : آیا ما ترك او باید باشخاصی منتقل شود که قانون معین میکند و یا بکسانی که خود او انتخاب مینماید ؟

بدیهی است که هر کس در دنیا بیك عده از اشخاص علقه تامی دارد و او مایل است که بعد از فوت او اگر اموال و حقوقی دارد ، بهمان اشخاص منتقل شود . و کسانیکه در درجه اول و بیشتر از دیگران طرف علقه و محبت یك نفر واقع میشوند کسانی هستند که آن یك نفر باعث وجود آنها شده و یا آنها باعث وجود او شده اند و این اشخاص عبارتند از اولاد و ابوین انسان . پس اولاد وابوین کسانی خواهندبود که بحکم طبیعت بعد از فوت یکنفر ، باید در درجه اول قائم مقام او شده و دارائی‌اورا قهراً تملك کنند .

هرگاه یکنفر نه اولاد داشته باشد و نه ابوین ، بدیهی است که علقه و محبت او بیشتر باجداد او که در این صورت بمنزله ابوین میباشند ، و همچنین به برادر وخواهر او متوجه خواهد بود . و بهمین‌طریق بهر درجهٔ که شخص از داشتن ارحامی که بواسطه اقربیت اولویت دارند محروم باشد ، علقه و محبت او متوجه اقربای دورتر او میگردد . پس بحکم طبیعت طبقات مختلفهٔ که در میان اقربای نسبی باید بعد ازفوت یکنفر وارث‌او گردند معلوم ومعین است .

اقربای نسبی کسانی هستند که یا بجهت ولادت از هم متصل بیکدیگر میشوندمثل‌پدر

وفرزند ، ویا بواسطه‌ولادت‌ازشخص واحد یعنی داشتن جامع نسب‌مثل دوبرادر ،ولی‌انسان‌اعم‌از‌اینکه خویشاوند نسبی داشته و یا نداشته باشد و اعم از اینکه خویشاوندان او بااو نزدیك یادورباشند ممکن است تاهل کرده و در حقیقت‌برای زندگانیِ خود شریکی نیز اختیار نموده باشد ودر این صورت علقه زوجیت نیز ایجاد محبتی مینمایدکـه کمتر از محبت اقربای نسبی نخواهد بود . پس زوج یا زوجه نیز از جمله کسانی خواهد بودکه خواه برای میت اقربای‌نسبی باشد وخواه نباشد باید ازترکه او حصه ببرد .

نظر بمراتب فوق کسانیکه باید بعد از فوت یکنفر دارائی اورا تملك نمایند طبیعتاً معلوم ، و شارعین نیز همین حکم طبیعت را تعقیب و تایید نموده و طبقات مختلفه وارثین شخص را باملاحظه علقه و محبتی که بین یکنفر و اقربای او موجود میباشد معین کرده اند که ماذیلا بیان خواهیم کرد . و این قانون طبیعی که قانون تشریعی نیز منطبق باآنست بقدری موافق باناموس بشر و نظام جماعت است که شارعین اجازه‌انحراف از آنرانداده‌اند و بنا بر این هیچکس نمیتواندکسی را که حق وراثت ندارد وارث قرار دهد یا کسی را که قانوناً وارث است از سهم‌الارث خود محروم کند . لیکن نظر باینکـه انسان آمال و آرزو هائی دارد که میخواهد بعد از فوت خود نیز انجام یابد ، ویا بکسانی‌علقه ومحبت دارد که شاید قانون اصلا بانها حق‌وراثت نـداده و یا دیگران را مانـع وراثت آنها قرار داده است ، وحال آنکه خود شخص مایل است که حصهٔ از دارائی خود را بانها تملیك کند ، بهمین جهت قانون نیز از ایـن قبیل احتمالات حسن استقبال کرده وعـلاوه برحق تملیك مجانی که باشخاص در زمان حیوة آنها داده است بانها اجازه داده است که برای‌بعد از فوت خود ثلث ماترك خود را بهر کسی که بخواهد بموجب وصیت تملیك‌کند .

در هرحال موجب ارث و طبقات مختلفه وراث بطور کلی معلوم و ماذیلا داخل‌در جزئیات آن میشویم

*

فصل اول

در موجبات ارث وطبقات مختلفه وراث

۸۸۲ ـ بطوریکه فوقاً مذکور شد چیزی که طبیعتاً باید بعد از فوت یکنفر موجب انتقال مال او بدیگری شود ، همان علقه و محبت است که بین مورث و وراث موجوداست و چون این علقه و محبت هم یادر نتیجه نسب ویا بسبب وصلت ایجاد میشود لذا مطابق مادهٔ ۸٦۱ هم « موجب ارث دو امر است : نسب و سبب . »

اشخاصیکه بموجب نسب ارث میبرند کسانی هستند که بامورث قرابت نسبی دارند و چون درجات قرابت مختلف است و بعضی از اقربا نزدیك و بعض دیگر دور ترند لذا اشخاصی هم که بموجب نسب ارث میبرند بطبقات مختلفه تقسیم شده اند ؛ و موافق مادهٔ ۸٦۲ اشخاص مزبور سه طبقه اند ازقرار ذیل :

۱ ــ پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد .

۲ ــ اجداد وبرادر و خواهر و اولاد آنها .

۳ ــ عمو وعمه و دائی و خاله و اولاد آنها .

۸۸۳ ـ قبل‌از ورود بجزئیات راجعه بطبقات‌مختلفه ازوراث ، باین نکته باید متذکر شد که گر چه طبقات مزبوره تا اندازهٔ باعطف توجه بدرجه قرابت معین شده است ، لیکن بین طبقات مختلفه وراث ودرجات مختلفه قرابت اختلاف کلی موجود است . توضیح آنکه در بعضی ازقوانین از قبیل قانون اصول محاکمات حقوقی وغیره مقرر است که اگرحاکم یاحکم با احد متداعیین قرابت نسبی یاسببی تا درجه سوم مثلا داشته باشد طرف دیگر میتواندرد او را بخواهد ، وهمچنین اگر شاهد بامتهم قرابت نسبی یا سببی تا فلان درجه داشته باشد شهادت او فقط منباب مزید اطلاع استماع میشود و قس علیهذا ، پس باید دید که مقصود قوانین مزبوره از درجه‌قرابت چیست و درجات آن بچه نحو معین میشود :

قرابت بردو قسم است . نسبی و سببی . قرابت نسبی عبارت است از رابطهٔ که بموجب آن اشخاص متعدد که از نسل یکدیگر میباشند ویا از نسل شخص واحد میباشند بهمدیگر متصل میگردند .

پس‌از این تعریف معلوم میشود که قرابت نسبی نیز بردو قسم است : اول قرابت مستقیم که بموجب آن اشخاصیکه از نسل یکدیگر میباشند بهم متصل میشوند ، مثل قرابت بین پدر و پسر و یا جد ونوادهٔ او . دوم قرابت در خط اطراف که‌بموجب آن اشخاصی که از نسل یکنفر هستند و بعبارة اخری جامع نسب دارند ، بهم متصل میگردند ، مثل قرابت بین دو برادر که جامع نسب آنها پدر ، و قرابت بین دو پسر عمو که جامع نسب آنها جد آنها میباشد .

اگر وصله قرابت یکنفر بادیگری از طرف پدر باشد آنها را اقربای ابی میگویند و اگر وصله قرابت از طرف مادر باشد آنها را اقربای امی میگویند مثل اینکه پدر و تمام اقربای پدر یکنفر اقربای ابی ، ومادر و تمام اقربای مادر یکنفر اقربای امی آنشخص میباشند . و چون ممکن است که قرابت یکنفر بادیگری هم از طرف پدر وهم ازطرف مادر باشد ، دراین صورت آنشخص خویش ابوینی او خواهد بود مثل قرابت یکنفر بابرادر خود که از یك پدر و از یك مادر باشند .

مثل ذیل مطالب فوق راکاملاواضح مینماید ، برادر یك نفر اگراز یك پدر باشدولی از مادر دیگر ، برادر ابی خواهد بود . و اگر از یك مادر باشد ، ولی از پدر دیگر ، برادر امی خواهد بود . و اگر هم از یك پدر و هم از یك مادر باشد ، برادر ابوینی می‌شود .

بطوریکه فوقاً مذکور شد در قرابت نسبی دو خط موجود است : خط مستقیم و خط اطراف . وقرابت درخط مستقیم یا صعودی است ویا نز ولی .

قرابت در خط مستقیم صعودی عبارتست از قرابت یکنفر باآباء و اجداد خود و قرابت در خط مستقیم نز ولی عبارتست از قرابت یکنفر بااولاد و احفاد خود .

در قرابت در خط مستقیم ، اعم از صعودی ونز ولی ، هر نسل تشکیل یکدرجه میدهد . بنا براین قرابت بین یکنفر با پدر یاپسر خود قرابت درجه اول ، و قرابت یك نفر باجد یا نوادهٔ خود قرابت درجه دوم خواهد بود .

در قرابت در خط اطراف درجه قرابت باین‌طریق معین میشود که باید ازشخصی که میخواهند درجه قرابت اورا معین کنند صعود نمودهٔ و بجامع نسب برسند ، و ازجامع نسب هم نزول کردهٔ بشخصی برسند که تعیین درجه قرابت با او منظور است ، وعدهٔ انسالی

که در این صعود و نزول موجود است عدهٔ درجه قرابت خواهد بود . مثلا اگر بخواهیم قرابت بین دو برادر را معین کنیم باید از یك برادر بجامع نسب که پدر است صعود کنیم و از پدر هم به برادر دیگر نزول کنیم ، پس قرابت آنها قرابت درجه دوم خواهد بود بعبارة اخری قرابت بین دو نفر در خط اطراف عبارت خواهد بود از مجموع درجه قرابتی که بین هریك از آنها و جامع نسب موجود است پس قرابت بین دو پسر عمو قرابت در درجه چهارم است ، زیرا که قرابت بین یکنفر و جد او که جامع نسب بنی اعمام است قرابت درجه دوم ، و قرابت بین جد و نوادهٔ او نیز که پسر عموی دیگراست قرابت درجه دوم است ، و در این صورت درجه قرابت بین دو پسر عمو عبارت خواهد بود از ۲ + ۲ یعنی ٤ .

۸۸٤ – قرابت سببی در نتیجه ازدواج حاصل میشود ، و برای تعیین درجات آن باید قبلا این نکته ذکر گردد که بین اقوام شوهر و اقوام زن بهیچوجه قرابت نیست و فقط قرابت سببی بین زن است با اقربای شوهر خود و بین شوهر است بااقربای زن او و درجات این قرابت باین طریق معلوم میشود کههردرجه قرابت نسبی که بین یکنفر بایك مرد باشد همان درجه قرابت بعنوان سببی بین آنشخص و زن آن مرد خواهد بود بنابراین قرابت پدر یك شخص بازن آن شخص قرابت سببی درجه اول و قرابت برادر یك نفر با زن او قرابت سببی درجه دوم خواهد بود ،و همچنین هر درجه قرابت نسبی که بین یك نفر بایك زن باشد همان درجه قرابت بعنوان سببی بین آنشخص وشوهر آن زن میباشد . پس قرابت پدرزن با دامادخود قرابت سببی درجه اول ، و قرابت برادر زن باشوهرخواهر خود قرابت سببی درجه دوم است.

۸۸۵ – بعد از ذکر مراتب فوق و توضیحاینکه طبقات مختلفهوارث غیر ازدرجات مختلفه قرابت است مطالب مربوطه بطبقات مزبورهرا ذیلا بیان میکنیم :

بموجب مادهٔ ۸٦۳ « وارثین طبقه بعد وقتی ارث میبرند که از وارثین طبقه قبل کسی نباشد . » پس بموجب این مادهمادام که پدرو مادر ویا یکی از ابوین شخص موجود است و یا مادام که یکنفر دارای اولاد است از هر درجه که باشد سایر اقوام آنشخص از او ارث نمیبرند . و اگر یکنفر نه پدرو مادر داشته ونه دارای اولاد باشد ، ارثاو باجداد و برادر و خواهر و اولاد آنها میرسد ،و با بودن یکی از این اقوام اعمام و

عمات و یا اخوال و خالات و اولاد آنها حق‌ارث ندارند .

از مطالب فوق نباید چنین استفاده نمود که در هر طبقهٔ از وراث ، وراث از یك طبقه در عرض هم بوده و باهم ارث میبرند ، چه در هر طبقه نیز در جائی موجود است و با بودن درجه نزدیك تر درجه دورتر ارث نمیبرد مگر اینکه‌درجه دورتر قائم مقام کسی باشد که بتوسط او بمیت متصل میشود که در اینصورت بعنوان قائم مقامی ارث میبرد . مثلا ابوین و اولاد بلافصل شخص اقربای درجه اول بوده و با وجود آنها نواده‌های آن شخص که اقربای درجه دوم‌اند ارث‌نمیبرند ، و همچنین با بودن نواده نبیره ارث‌نمیبرد وقس علیهذا تا هردرجه که اولاد پائین بروند . ولی اگر یکنفر پدر یا مادر ویاهردو ابوین‌را داشته واولاد بلا فصل نداشته باشد اولاد اولاد او بسمت قائم مقامی پدر یا مادر خودیعنی بسمت قائم مقامی کسیکه بتوسط او بمیت متصل میشود بمنزله اولاد بلا فصل یعنی خویش درجه اول محسوب و باهر یك از ابوین میت که زنده باشد ارث میبرند ، منتهای مراتب و بطوریکه بعدها گفته خواهد شد سهم‌الارث آنها در اینصورت سهم‌الارث کسی خواهد بود که سمت قائم مقامی اورا داشته و بتوسط او بمیت متصل میشوند .

۸۸۶ — مطابق ماده ۸۶۴ « از جمله اشخاصیکه بموجب سبب ارث میبرند هریك از زوجین است که در حین فوت دیگری زنده باشد . » پس اگر شوهر بمیرد و زن او زنده بماند ، ویابر عکس زن بمیرد و شوهر اوزنده‌باشد ، هریك از زوجین که زنده میماند از جمله وراث دیگری خواهد بود .

از عبارات مادهٔ ۸۶۴ که میگوید « ازجمله اشخاصیکه بموجب سبب ارث میبرند » معلوم میشود که اشخاص دیگری نیز موجود است‌که بموجب سبب ارث میبرند چه اگر اشخاص دیگری‌نمیبود استعمال عبارت « ازجمله اشخاص » بیموردمیشد، پس‌باید اشخاص‌دیگری هم باشند که زوج یا زوجه از جمله آنها محسوب گردد .

از اشخاص دیگری که بموجب سبب ارث میبرند ولی‌نه بسبب وصلت یکی شخص معنوی است که عبارت از بیت‌المال یاخزانه عمومی باشد و مادهٔ ۸۶۶ بان اشارهٔ نموده و مقرر میدارد که « در صورت نبودن وارث امرترکه متوفی راجع بحاکم است » و بدیهی است که مقصود از مادهٔ مزبوره این است که در چنین صورت ترکه باید بحاکم‌تعلق پیدا نماید بلکه حاکم باید معین کند که بچه مصرف عام‌المنفعه برسد و بااین طریق خزانه

دولت که در اکثر موارد متکفل مخارج عام‌المنفعه است مستقیماً و یا بطور غیر مستقیم از ترکه مزبور استفاده خواهد کرد.

۸۸۷ - در هر حال ممکن است که در شخص واحد موجبات متعددهٔ ارث جمع شود، دراینصورت مطابق مادهٔ ۸۶۵ شخص مزبور «بجهت‌تمام‌آن موجبات ارث میبرد.» مثلا اگر قوم و خویش یکنفر منحصر باشد بیك دختر عموکه در عین حال زوجه او هم میباشد و آن شخص فوت کند، در اینصورت دختر عموبدوموجب ارث میبرد: یکی‌بموجب نسب و یکی بموجب سبب. بنا بر این سهم‌الارث زوجه که دراینصورت عبارت ازربع‌ترکه است بموجب سبب و بقیه ترکه بموجب نسب باو خواهد رسید. واهمیت این مسئله، یعنی اهمیت امکان بردن ارث بموجبات عدیده، بیش ازآنست‌که در بادی امر بنظر میرسد، چه اگر در مثال مذکور، فوق بین میت وزن او قرابت نبود، زوجه با نبودن هیچ‌وارث دیگر نمیتوانست بیش از آنچه که بموجب سبب باو میرسد یعنی بیش از یک‌ربع ترکه را به برد، و با ما بقی بایستی مطابق مادهٔ ۸۶۶ که فوقاً مذکور شد رفتار شود.

مادهٔ ۸۶۵ که در مقام توضیح آن هستیم، بعداز تجویز بردن ارث بموجبات عدیده اضافه مینماید «مگر اینکه بعضی ازموجبات مانع دیگری باشد» که دراینصورت فقط از جهت عنوان مانع ارث میبرد. توضیح‌آنکه علاوه برامکان جمع شدن دو موجب ارث بطور کلی در یکنفر مثل سبب و نسب که فوقاً مثالی برای آن مذکور شد، ممکن است در شخص واحد موجبات نسبی متعدد هم جمع شود، مثلا یکنفردر آن واحد هم برادر امی وهم پسر عموی یکنفر دیگر باشد، در اینصورت مطابق قسمت اخیر مادهٔ ۸۶۵وارث مزبور ازجهت عنوان مانع ارث خواهد برد، و چون با بودن برادر پسر عمو ممنوع از ارث است یعنی برادر مانع و پسر عمو ممنوع‌است، لذا شخصی که هم برادر امی و هم پسر عموی میت باشد فقط از حیث برادری یعنی بعنوان مانع ارث میبرد.

*

فصل دوم

در تحقق ارث

۸۸۸ ـ مقصود از تحقق ارث منتقل شدن مالکیت ترکه میت است به وراث. بنا بر این ارث وقتی تحقق پیدا می کند که حق مالکیت ورثه میت بر ماترك او ایجاد شود. تعیین دقیق و قطعی تاریخ تحقق ارث از حیثیات ذیل اهمیت خاصی راحائزاست:

اولا ـ حق مالکیت ورثه بسمت وارثی نسبت بترکه میت در تاریخ تحقق ارث ایجاد میشود. پس برای اینکه معلوم شود چه شخص یا اشخاصی وارث بوده و بدین سمت حق بردن سهم الارث دارند، باید تاریخ مزبور قطعاً وبطور دقیق معلوم گردد و کسیکه در آن تاریخ سمت وراثت نداشت بعد نمیتواند این سمت را احراز کند.

ثانیاً ـ موجود بودن شرایط لازمه وراثت باید در حین تحقق ارث معلوم گردد و فقط کسی وارث محسوب می شود که در حین تحقق ارث جامع شرایط وراثت بوده باشد.

در هر حال مطابق ماده ۸۶۷ «ارث بموت حقیقی یا بموت فرضی مورث تحقق پیدا میکند.»

مقصود ازموت حقیقی معلوم است، وحال باید دید که مقصود از فوت فرضی چیست. فوت فرضی عبارتست از اینکه ممات یکنفر حقیقتاً معلوم و مسلم نباشد ولی قانون او را میت فرض کند. و این در صورتیست که مورث غایب مفقود الاثر بوده و مدتی منقضی شود که عادتاً چنین شخص زنده نمیماند.

ماده ۸۷۲ که مربوط باین موضوع است مقرر میدارد که «اموال غائب مفقودالاثر تقسیم نمیشود مگر بعد ازثبوت فوت او یا انقضاء مدتی که عادتاً چنین شخص زنده نمیماند.»

پس اگر موت غایب ثابت شود غایب بمنزله میت بوده وارث او در نتیجه این تنزیل تحقق پیدا میکند، والا باید مدتی که عادتاً چنین شخص زنده نمیماند صبر نمود و سپس از حاکم حکم فوت فرضی او را تحصیل کرد تا بتوان ارث را محقق دانسته واقدام بتقسیم اموال او نمود.

البته تشخیص اینکه آیا مدت کافی که انقضاء آن برای فرض موت غایب لازم است گذشته یا نه امری است نظری، و حاکم باید برای صدور حکم موت فرضی تمام کیفیاتی راکه ممکن است در کمی و یا زیادی عمر شخص غائب مؤثر باشد، در نظر بگیرد

مثلا از جمله مسائل مؤثر در این امر سن و بنیه مزاجی غائب است ، و حاکم باید عنداللزوم با مراجعه باهل فن تشخیص دهد که چنین شخص یعنی کسیکه دارای این سن و این بنیه بوده است ممکن است تابحال زنده بماند یانه و نیز از جمله مسائل مؤثر در طول عمر عدم اعتیاد به بعضی ازاموراست از قبیل کشیدن تریاك و یااستعمال مسکرات و یا عادی بودن برعایت قواعد حفظالصحه از قبیل ورزش و غیره . پس حاکم قضیه باید باملاحظه تمام این مسائل تشخیص دهدکه مدت کافی برای فرض موت غائب منقضی شده یا نه .

۸۸۹ ــ همینکه موت حقیقی و یا موت فرضی یکنفر ثابت شد ارث او تحقق پیدا میکند، یعنی مالکیت ترکه او بوراث قانونی او منتقل میگردد ، ولی مطابق ماده ۸۶۸ « مالکیت ورثه نسبت بترکه متوفی مستقر نمیشود مگر پس از اداء حقوق و دیونی که بترکه میت تعلق میگیرد . »

توضیح آنکه وجود حق مالکیت و استقرار آن دو امری است متمایز و ممکن است یکنفر مالك شیئی بشود بدون اینکه مالکیت او نسبت بان شیئی مستقر شده باشد، مثلا در وصیت بمحض فوت موصی موصیله مالك موصیبه میگردد ولی مالکیت او نسبت به موصیبه وقتی مستقر میشود که موصیله موصیبه را قبض کند و در این صورت بطوریکه در ضمن وصیت مذکور شد اثر این عقد از روز فوت موصی بوده و مثل اینست که مالکیت موصیله نسبت بموصیبه از روز فوت موصی موجود ومستقر شده است .

ترتیب مزبور در ارث نیز موجود ، ومالکیت ورثه نسبت به ترکه متوفی کهدر اثر فوت مورث ایجاد میشود ، بعد از اداء دیون وحقوقی که بترکه میت تعلق میگیرد مستقر خواهد بود و همینکه دیون وحقوق مزبوره تأدیه شد مالکیت وراثمیت نسبتبماقی مثل اینست که در حین فوتمورث ایجاد ومستقر شده باشد ، پس ادعای اینکه وراثمیت مالك ترکه او نمیشوند مگر بعد از اداء دیون وحقوقی که بر ترکه تعلق میگیرد ادعائی خواهد بود که نه فقط مخالف با ماده ۸۶۸ می باشد بلکه مستلزم آن است که تصور ملك بلا مالك نیز بشود کرد .

۸۹۰ ــ ماده ۸۷۱ قانون مدنی اصلی را که بموجب ماده ۸۶۸ قانون مزبور اتخاذ شده است اعمال کرده مقرر میدارد که « هرگاه ورثه نسبت باعیان ترکه معاملاتی

نمایند مادام که دیون متوفی تأدیه نشده است معاملات مزبوره نافذ نبوده ودیان میتوانند آن را برهم زنند. » واین ترتیب نتیجه حتمی عدم استقرار مالکیت ورثه است نسبت بترکه متوفی مادام که دیون وحقوق متعلق بترکه را ادا نکرده اند ، چه دراین صورت مالکیت آنها مالکیت متزلزل بوده وهر معاملة که نسبت باعیان ترکه بنمایند متزلزل خواهد بود. مگر اینکه دیان آنرا اجازه وتثبیت نمایند .

۸۹۱ ــ حال باید دید که حقوق و دیونی که بترکه میت تعلق میگیرد چیست . مطابق ماده ۸۶۹ « حقوق و دیونی که بترکه میت تعلق میگیرد وباید قبل از تقسیم آن اداء شود ازقرار ذیل است :

۱ ــ قیمت کفن میت وحقوقی که متعلق است باعیان ترکه مثل عینی که متعلق رهن است؛

۲ ــ دیون وواجبات مالی متوفی ؛

۳ ــ وصایای میت تاثلث ترکه بدون اجازه ورثه وزیاده برثلث باجازه آنها . »

پس مطابق ماده فوق سه قسم حقوق ودیون است که باید قبل از تقسیم ترکه میت ادا شود ومادام که ادا نشده است مالکیت ورثه نسبت بترکه مستقر نخواهد بود .

ممکن است که دارائی میت کفاف تأدیه تمام حقوق ودیون مذکور فوق را ننماید . حکم این مورد بموجب ماده ۸۷۰ پیش بینی شده واین ماده مقرر میدارد که « حقوق مزبوره در ماده قبل باید بترتیبی که در ماده مزبوره مقرر است تأدیه شود ومابقی اگر باشد بین وراث تقسیم گردد . » پس از ترکه میت باید قبلا قیمت کفن او و حقوقی که متعلق باعیان ترکه است موضوع شود ، واگر چیزی باقی بماند باید دیون وواجبات مالی یعنی کلیه آن چیزهائی که بنحوی از آنحاء برذمه میت است پرداخته شود ، وبالاخره ازمازاد اگر باشد وصایای میت تا میزان ثلث بدون اجازه وراث و زیاده بر ثلث با اجازه آن ها تأدیه گردد .

در مورد قیمت کفن وحقوق متعلق باعیان ترکه ممکن است این اشکال تولید شود که اگر اصلا ترکه میت کفایت این دو خرج را نکند مثلا تمام دارائی میت منحصر بیک فرش باشد که آنهم نزد غیر رهن بوده و قیمت آن برای تأدیه طلب مرتهن کافی نباشد ، در این صورت آیا قیمت کفن مقدم خواهد بود ویا اداء طلب مرتهن ؟ وچون در فقره اول ماده ۸۶۹ این دوقسم خرج درعرض هم نوشته شده است لذابرای ترجیح یکی بردیگری دلیل

قاطعی موجود نیست . برای ترجیح حق مرتهن بقیمت کفن میتوان استدلال نمود که هر گاه قیمت عین مرهونه برای اداء طلب مرتهن کافی نباشد ، آن عین تماماً متعلق حق مرتهن بوده وتحصیل کفن از قیمت آن مثل این است که کفن از مال غیر خریداری شده باشد ، وچون تصرف در مال غیر ولو برای خریدن کفن ، بدون رضای صاحب مال جایز نیست ، لذا باید حق مرتهن مقدم بر قیمت کفن باشد . و بر عکس برای ترجیح قیمت کفن برحق مرتهن ممکن است چنین استدلال شود که عقد رهن عین مرهونه رااز ملکیت راهن خارج نمینماید منتهای مراتب برای مرتهن نسبت بان حق رهانه ایجاد میکند . و در این صورت مرتهن دائنی است که درمقابل طلب خود تحصیل وثیقه کرده وچون قیمت کفن میت مقدم براداء دیون او است لذا باید از قیمت عین مرهونه قبلا قیمت کفن موضوع وبقیه بمرتهن داده شود ، و گذشته از این در خود فقره اول ماده ۸۶۹ نیز همین ترتیب تااندازهٔ رعایت شده و در عین حالی که قیمت کفن وحقوق متعلق باعیان ترکه در عرض هم قید گردیده معذالك بین این دو خرج ترتیبی اتخاذ وقیمت کفن مقدم بر حقوق متعلق باعیان ترکه نوشته شده است ، پس باید قبلا از قیمت عین مرهونه تحصیل کفن شده ومازاد بمرتهن داده شود ولی این نکته نیز مسلم است که مخارج دفن وسایر مخارج از این قبیل در عرض قیمت کفن نبوده وتأدیه آن برتأدیه طلب مرتهن ویا طلب هر دائن بی‌وثیقه مقدم نخواهد بود ، واگر دارائی میت کفایت مخارج مزبوره را ننماید مخارج مزبوره باید از همان محلی که برای دفن هرمیت بی‌ترکه صرف میشود تأدیه گردد .

فصل سوم

در شرایط و جملهٔ از موانع ارث

مبحث اول

در شرایط ارث

۸۹۲ ـ مطابق ماده ۸۷۵ « شرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است . »

پس بموجب این ماده برای اینکه یك نفر بتواند از مورث خود ارث ببرد باید در حین فوت او زنده باشد .

موجود بودن درحین فوت مورث امری است غالباً محسوس و کمتر میتواند محل تردید واقع شود، معذالك مواردی ممکن است پیش آید که موجود بودن وارث محل تردید شده وبالنتیجه تولید اختلاف کند. موارد مزبوره ازقرار ذیل است :

اول ــ در صورتی که وارث یایکی از وراث حمل بوده وهنوز متولد نشده باشد ؛

دوم ــ در صورتی که وارث یایکی از وراث غایب مفقود الاثر باشد ؛

سوم ــ در مورد فوت دونفر که از یك دیگر ارث میبرند بدون اینکه معلوم باشد کدام یك زودتر فوت نموده است .

۸۹۳ - (الف) نسبت بجنین ماده ۸۷۵ که قسمت اول آن فوقاً نقل گردید بعداز ذکر حکم کلی راجع بشرط وراثت اضافه مینماید که « اگر حملی باشد در صورتی ارث میبرد که نطفه او حین‌الموت منعقد بوده وزنده هم متولد شود . » پس برای اینکه حملی بتواند ارث ببرد باید اولا نطفه او حین الموت مورث منعقد شده باشد وثانیاً زنده هم متولد گردد . وراجع بزنده متولد شدن ممکن است تولید اشکال گردد باینطریق که گاهی اتفاق میافتد یك نفر بمحض تولد فوت میکند ویا در حین تولد اصلا معلوم نمیباشد که زنده بوده است یامرده .

نسبت بمورد اول یعنی فوت بمحض تولد جمله اخیر ماده ۸۷۵ رفع اشکال کرده ومقرر میدارد که‌حمل ارث میبرد « اگرچه فوراً پس از تولد بمیرد . » ونسبت بمورد دوم یعنی موقعی که اصلا در حیوة وممات تازه متولد تردید باشد ماده ۸۷۶ مقرر داشته است که « باشك در حیوة حین ولادت حکم وراثت نمیشود . » بنابراین اگر حمل متولد شود وفقط در حین تولد ازاو احساس تقلصی گردد ، یعنی تشنجی در عضلات اومشهود شود و معلوم نباشد که این حرکت تشنج مرك است ویااثر حیوة ، در این صورت حکم وراثت نمیشود مگر اینکه ثابت گردد که حرکت مزبور اثر حیوة‌بوده وموت بعد از زنده متولد شدن حادث گشته است .

۸۹۴ ــ راجع بانعقاد نطفه‌ممکن است اختلافی حاصل شود و معلوم نباشد که حقیقتاً در حین فوت مورث نطفه کسیکه ادعای وراثت میکند منعقد بوده است یا نه در این‌مورد مادهٔ ۸۷۷ مقرر میدارد که « در صورت اختلاف در زمان انعقاد نطفه امارات قانونی که برای اثبات نسب مقرر است رعایت خواهد شد . »

برای توضیح مطلب فرض میکنیم که میت اولاد نداشته و وارث او عبارت باشد از زوجه و اخوه او و نه ماه ونیم بعد از مردن مورث زوجه او وضع حمل نماید ، در این صورت ممکن است اخوه میت برای اینکه طفل جدیدالولاده آنها را از ارث محروم نکند ، ادعا نمایند که در حین موت برادر خود نطفه طفل منعقد نشده بوده است ، بعبارة اخری بطریق غیر مستقیم بزوجه برادر خود نسبت زنا دهند ، در چنین موردی ماده ۸۷۷ قطع تشاجر کرده و مقرر میدارد که باید امارات قانونی برای اثبات نسب رعایت گردد ، و اماره قانونی که در این مورد باید رعایت شود عبارت از اینست که طفل متولد از زنی که شوهر او وفات کرده است ملحق بشوهر آن زن است مشروط بر اینکه از تاریخ هم بستری با زن تا موقع ولادت طفل لااقل ششماه و منتها ده ماه قمری گذشته باشد . پس در صورتیکه وضعیت طفل مزبور با اماره مذکور منطبق شود آن طفل ملحق بمیت گشته و نطفه او قبل از فوت مورث منعقد شده فرض میگردد .

۸۹۵ - در هر صورت اگر نطفه جنین در حین فوت مورث منعقد بوده وطفل هم زنده متولد گردد قابل وراثت خواهد بود و حال باید دید که با بودن حمل تکلیف ترکه چه میشود .

ماده ۸۷۸ در این موضوع مقرر میدارد که « هرگاه در حین موت مورث حملی باشد که اگر قابل وراثت متولد شود مانع از ارث تمام یا بعضی از وراث دیگر میگردد تقسیم ارث بعمل نمیاید تاحال اومعلوم شود واگر حمل مانع ازارث هیچیك ازسایرورات نباشد وآنها بخواهندترکه راتقسیم کنند باید برای‌حمل حصهٔ که‌مساوی‌دو پسرازهمان‌طبقه باشدکنار گذارند و حصه هریك از وراث مراعا است تاحال حمل معلوم شود . »

ماده مزبوره برای حمل سه وضعیت فرض کرده است : اول اینکه حمل مانع از ارث بردن تمام وراث دیگر میشود - دوم آنکه مانع از ارث بردن بعضی از وراث میشود - سوم آنکه حمل مانع از ارث بردن هیچیك ازوراث نمیشود.

فرض اول - حمل مانع از ارث بردن تمام‌وراث دیگر میشود - مثلا اگرورات میت منحصر باشد باعمام و اخوال او لیکن زن برادر میت که شوهر او قبلا مرده است در حین فوت برادر شوهر خود حامل باشد ، در این صورت اگر این حمل که برادر زاده میت است قابل وراثت متولد شود ، تمام وراث دیگر از ارث محروم خواهند بود

و بنا بر این باید مطابق قسمت اول ماده ۸۷۸ ترکه میت بدون تقسیم بماند تا تکلیف حمل معلوم گردد . هرگاه حمل مرده متولد شد دیگر قابل وراثت نبوده و ترکه بین اعمام و اخوال تقسیم میشود ، و برعکس اگر زنده و قابل وراثت متولد شد ، ترکه منحصراً باو تعلق یافته ، اعمام و اخوال میت را در آن حقی نخواهد بود .

فرض دوم ـ حمل مانع از ارث بردن بعضی از وراث میشود ـ مثلا اگر میت اولاد بلافصل نداشته و وراث او عبارت باشد از ابوین و چند نفر اولاد اولاد و زوجه او که در حال فوت شوهرش حامل میباشد . در اینصورت اگر حمل مزبور زنده و قابل وراثت متولد شود مانع خواهد بود از اینکه اولاد اولاد میت ارث ببرند ولی بهیچوجه نمی تواند مانع از ارث ابوین و زوجه میت باشد در این صورت نیز مثل فرض اول ترکه میت بدون تقسیم میماند تا تکلیف حمل معلوم گردد .

فرض سوم ـ حمل مانع ازارث بردن هیچیك ازوراث نمیشود ـ مثلا اگر ورثه میت عبارت باشد از ابوین و چند اولاد بلا فصل وزوجه او که حامل میباشد . در اینصورت اگر حمل قابل وراثت متولد گردد مانع ازارث هیچیك از وراث نخواهد بود ، وبنا براین سایر وراث میتوانند بتقسیم ارث مبادرت کنند . لیکن چون تکلیف حمل مجهول بوده و هنوز معلوم نیست که طفل دختر یا پسر است ، و یك یادوتاست ، لذا مطابق قسمت اخیر ماده ۸۷۸ باید حصه دوپسررا برای حمل موضوع نمود تا تکلیف حمل معلوم گردد . ولی بدیهی است حصصی که باین طریق معین میشود هنوز قطعی نبوده وهمانطوریکه ماده مزبوره میگوید در حال مراعا خواهد بود و حصص قطعی وقتی معین میشود که حمل متولد گشته و حال او از هر حیث معلوم گردد یعنی معلوم بشود که زنده یا مرده است ودر صورت زنده بودن دختر یا پسر است و یك یا متعدد است .

۸۹٦ ـ (ب) نسبت بغائب مفقودالاثر ماده ۸۷۹ مقرر میدارد که « اگر بین وراث غائب مفقودالاثری باشد سهم او کنار گذارده میشود تاحال او معلوم شود .

در صورتیکه محقق گردد قبل ازمورث مرده است حصه او بسایر وراث بر میگردد والا بخود اویا بورثه او میرسد »

از مفاد ماده مزبوره میتوان استنباط نمودکه برای غائب مفقود الاثر نیز سه فرض ممکن است پیش آید :

اولا ــ تقدم فوت او بر فوت مورث ثابت گردد .

ثانیاً ــ نه تقدم فوت او بر فوت مورث ونه تاخر فوت او ازفوت مورث معلوم گردد .

ثالثاً ــ زنده بودن اومسلم شود .

در صورت اول چون غائب مفقودالاثر جزو وراث نیست حصه از ترکهٔ که برای اوموضوع شده بود بسایر وراث میت بر میگردد ، ولی بدیهی است که وراث مزبور سهم خود را از این حصه متلقی از میت محسوبند و نه متلقی از غایب .

در صورت دوم ــ چون بقاء غایب تاحین فوت مورث استصحاب میشود بنابراین حصه غایب مفقودالاثر از ترکه میت ضمیمه ترکه خود غایب شده و بوراث خود او میرسد و اگر تمام یا بعض از ورثه اوهمان وراث میت باشند آنها این حصه را متلقی ازغایب محسوبند ونه متلقی از میت .

بالاخره در صورت سوم حصه غائب مفقودالاثر بخود او عاید میگردد و باعتبار این دو فرض اخیر است که‌در قسمت آخر ماده ۸۷۹ مندرج است که حصه غایب « بخود او یا بورثه او میرسد »

۸۹۷ ــ (ج) نسبت باشخاصیکه از یکدیگر ارث میبرند و تاریخ فوت آن‌ها از حیث تقدم و تاخر معلوم نباشد در قانون مدنی دو فرض موجود است : یکی آنکه تاریخ فوت اشخاص مزبور مجهول و تقدم و تاخر هیچیك معلوم نباشد ؛ و دوم آنکه تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تاخر مجهول باشد .

۸۹۸ ــ فرض اول ــ تاریخ فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث میبرند مجهول و تقدم و تاخر هیچیك معلوم نباشد ــ حکم این فرض بموجب ماده ۸۷۳ بطریق ذیل معین شده است ، « اگر تاریخ فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث میبرند مجهول و تقدم و تاخر هیچیك معلوم نباشد اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمیبرند مگر اینکه‌موت بسبب غرق یا هدم واقع شود که در این صورت از یکدیگر ارث میبرند . »

برای توضیح ماده مزبوره باید قبلا این نکته ذکر شود که مطابق اصل مندرج‌در ماده ۸۷۵ «شرط وراثت زنده‌بودن درحین‌فوت مورث‌است » وبنابراین برای اینکه دونفربتوانند از یکدیگر ارث ببرند باید فرض شود که هریك از آنها بعد از موت دیگری زنده بوده است و الا نمیتواند وراثت داشته باشد و چون فرض مزبور فرض محال است یعنی اگر یکی از

دو نفر بعد از موت دیگری زنده فرض شود دیگر نمیتوان میت را بعد از فوت آنکه زنده بوده است زنده فرض نمود بنا بر این حکم مندرج در مادهٔ ۸۷۳ حکم استثنائی‌بوده و باید فقط در مورد منصوص خود اجرا گردد. وحال باید ببینیم که مورد مزبور درچه صورتی میتواند تحقق پیدا کند.

برای اینکه فرض مادهٔ ۸۷۳ مصداق خارجی پیدا کند و غرقا یا مهدوم علیهم بتوانند از یکدیگر ارث ببرند وجود چند شرط لازم است:

اولا — باید بین اشخاصیکه مرده اند توارث باشد یعنی یکی از آنها وارث‌دیگری باشد بنا بر این اگر بین آنها توارث نباشد مثل دو برادر که نه پدر دارند ونه مادرولی یکی از آنها اولاد دارد و دیگری نه هیچیك نمیتوانند از دیگری ارث ببرد.

ثانیاً — تاریخ فوت اشخاص مزبور مجهول و تقدم و تأخر هیچیك معلوم نباشد. از عبارت مزبور که در مادهٔ ۸۷۳ مندرج است معلوم میشود که این شرط دوم نیز متضمن دو جزء است اول مجهول بودن تاریخ فوت و دوم معلوم نبودن تقدم و تأخر هیچیك.

پس همینکه نتوان تاریخ فوت هیچیك را معلوم نمود و نتوان معلوم نمود کدام یك از اشخاص مزبور زود تر و کدام یك دیرتر مرده است، وهمچنین نتوان ثابت‌کرد که موت آنها مقارن هم و در آن واحد بوده، این شرط موجود و در صورت بودن شرایط دیگر توارث حاصل خواهد شد.

ثالثاً — سبب موت غرق یاهدم باشد، یعنی‌باید اشخاصیکه‌بین آنها توارث است در آب غرق شده و یا بعلت خراب شدن مکانی تلف شده باشند بنابر این اگر علت موت‌حریق یا جنك و غیره باشد اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمیبرند.

شرط چهارمی که ازماده‌۸۷۳ استنباط نمیشود ولی باید قید گردد عبارتست ازاینکه اشخاص مزبور یا لااقل‌یکی‌از آنها صاحب مال باشد والا موضوع ارث منتفی بوده و دیگر نمی توان صحبت از انتقال نمود.

حال لازم است که برای تشریح این فرض مثالی چند ذکر شود:

مثال‌اول‌ــ زن وشوهر باهم زیرآوار مانده وتاریخ‌فوت آنهامجهول وتقدم وتأخر هیچیك معلوم نیست . دراین صورت اول موت شوهر فرض شده و حسب‌المورد ثمن یا ربع مال او ارثاً منتقل بزوجه او میگردد، وسپس موت زن فرض شده و ربع یا نصف مال شخصی اویعنی دارائی او باستثناء آنچه که از زوج خود بارث رسیده است بشوهر او منتقل می گردد، و باقی مال هریك باضافه آنچه که از دیگری باو رسیده است بین وراث خوداو تقسیم میشود .

مثال دوم ــ پدر و پسر باهم غرق شده و تاریخ تقدم وتاخر فوت هیچیك معلوم نیست در این صورت نیز ممکن است دوصورت پیش آید اول آنکه وارث دیگری که به تواند از حیث طبقه با پدر یا پسر شرکت‌درارث کند وجودندارد . دوم آنکه وارث‌دیگری غیر از پدر یا پسر که ازحیث طبقه بتواند با آنها شرکت در ارث نماید و جود دارد .

در صورت اول قبلا موت پسر فرض شده و تمام دارائی پسر منتقل بپدرمیشود و سپس فوت پدرفرض شده وتمام دارائی شخصی اویعنی باستثناء آنچه که ازپسرش رسیده‌است. به پسر منتقل میگردد وبعداز آن دارائی‌هریك که باین طریق معین گردیده‌بوارث‌خوداومیرسدمثلا اگرپسر برادر امی داشته وپدر هم برادر داشته باشد دارائی پدر یعنی دارائی پسر که ارثاً بپدر رسیده است به برادر پدر که عموی پسر است منتقل میشود و دارائی پسر یعنی دارائی پدر که ارثاً به پسر منتقل شده است به برادر امی پسر میرسد .

در صورت دوم ، یعنی درصورتیکه برای پدریاپسر یاهردو وارثی باشد که از حیث طبقه بتواند باغریق شرکت در ارث‌کند ، مثلا برای پدر اولادی بغیر از غریق بوده و پسر هم صاحب اولاد باشد، در این صورت قبلا فرض موت پسر شده و سدس دارائی او که سهم‌الارث پدر است بپدر منتقل میشود و سپس موت پدر فرض شده و دارائی‌شخصی او یعنی تمام دارائی او باستثناء سدسی که از پسر رسیده است بین تمام اولاد او که از آن جمله غریق است تقسیم میشود و بعد ازآن سدس مزبور بین سایر اولاد تقسیم شده و مابقی دارائی پسر هم باضافه حصهٔ که از پدر رسیده است بین اولاد خود پسر تقسیم، می گردد .

اگر بدو مثال مزبور فوق دقت شود معلوم خواهد شد که در تعیین حصه هر

یك از اشخاصی که با یك دیگر توارث دارند مخصوصاً قید نموده ایم که حصه مزبور از دارائی شخصی اویعنی باستثناء آنچه که ازدیگری رسیده‌است معین‌میشود،و علت این ترتیب آنست که هرگاه یکی از دومیت بتواند از حصهٔ که از مال خود او بدیگری رسیده است ارث ببرد باید حتماً حیوة او بعد از ممات فرض شود والا معقول نیست که میتی از میت، دیگر ارث ببرد وچون این فرض محال است بنابر این برای هیچیك از دومیت نباید از حصهٔ که بدیگری از ترکه خود او رسیده است فرض ارث شود، وبعلاوه اگر هر یك از اشخاص مزبور بتواند از حصهٔ که از ترکه خود او بدیگری رسیده است ارث ببرد دراین صورت درفرض تقدم یا تأخر فوت آنها اشکال مهمی پیش میاید و آن عبارتست از اختلاف کلی که با فرض تقدم و تأخر فوت هریك در سهم دیگری حاصل میشود : مثلا فرض میکنیم که غریقین‌زن و شوهر باشند و هیچیك اولاد ندارد و دارائی هر یك ۱۶ واحد است در این صورت اگر فرض کنیم که اول زوجه مرده است باید نصف دارائی‌او که عبارت از ۸ واحد باشد بشوهر او برسد و باین طریق بقیه دارائی زن ۸ ودارائی شوهر ۲۴ واحد خواهد بود . و سپس فرض موت شوهر شده و ربع ازتمام دارائی‌او یعنی ربع ۲۴ واحد که ۶ واحد است بزوجه برسد . پس بالمآل دارائی شوهر که باید بین ورثه خود او تقسیم شود عبارت خواهد بود از ۲۴ منهای ۶ یعنی ۱۸ . و دارائی زن که باید بین ورثه خود او تقسیم گردد عبارت خواهد بود از ۸ + ۶ یعنی ۱۴ . و برعکس اگر فرض کنیم که اول شوهر مرده است در این صورت باید ربع دارائی اوکه عبارت از ٤ واحد باشد بزن او برسد ، و باین طریق دارائی شوهر ۱۲ واحد و دارائی زن ۲۰ واحد خواهد بود . وسپس فرض فوت زن شده و نصف از تمام دارائی اویعنی نصف از ۲۰ واحد که ۱۰ واحد است بشوهر او برسد . پس بالنتیجه دارائی زن که باید بین وراث خود او تقسیم گردد عبارت خواهد بود از ۲۰ منهای ۱۰ یعنی ۱۰ و دارائی شوهر که باید بین وراث خود او تقسیم شود عبارت خواهد بود از ۱۲ + ۱۰ یعنی ۲۲ .

از ارقام فوق کاملا واضح است که اگر هریك از دو غریق بتواند ازحصهٔ‌که از ترکه‌او بدیگری میرسد ارث ببرد نتیجه فرض فوت زن بدواً و فوت شوهر ثانیاً و نتیجه حاصل از فرض معکوس متفاوت خواهد بود ، وچون در مادهٔ ۸۷۳ ویا در مادهٔ دیگر

از قانون مدنی معین نشده است که فرض موت کدام یك از غریقین باید قبلا بشود ، لذا ناچار باید گفته شود که برای احتراز از حصول این تفاوت در سهام ، هیچیك از غریقین نمیتواند از حصهٔ که از ترکه او بدیگری میرسد ارث ببرد .

نتیجه حتمی ترتیب فوق این است که اگر احد از غریقین بدون مال و دیگری مالدار باشد طرفی که بهیچوجه دارائی ندارد از طرف مالدار ارث برده و برعکس طرف مالدار نمیتواند از طرف بی‌مال ارث ببرد .

۸۹۹ - فرض دوم - تاریخ فوت یکی از اشخاصی که از یکدیگر ارث میبرند معلوم و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد . - حکم این فرض بموجب مادهٔ ۸۷۴ بطریق ذیل معین شده است :

« اگر اشخاصیکه بین آنها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است از آن دیگری ارث میبرد . »

حکم مندرج در این مادهٔ تقریباً نتیجه حتمی حکم مندرج در ماده ۸۷۵ است که بموجب آن « شرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است » وچون در موردمفروض تاریخ فوت یکی از دونفر معلوم و تاریخ فوت دیگری مجهول است لذا حیوة شخصی که تاریخ فوتش مجهول است تا زمان فوت آنکه تاریخ وفاتش معلوم است استصحاب شده و باو حق داده میشود که از دیگری ارث ببرد و برعکس نسبت بانکه تاریخ فوتش معلوم است بهیچوجه قرینهٔ موجود نیست که بتوان فوت اورا بعد از دیگری فرض نمود لذا برای او نمیتوان حق بردن ارث قائل شد .

مبحث دوم
در موانع ارث

۹۰۰ - مانع ارث عبارتست از امری که درصورت وقوع ، کسی را که ازهرحیث شرایط وراثت را واجد است از بردن ارث مورث خود محروم مینماید . از تعریف مزبور معلوم میشود که برای ممنوع بودن از ارث باید شخص ممنوع از هرحیث واجد شرایط وراثت باشد ، یعنی نهفقط در حین فوت مورث زنده باشد ، بلکه در طبقهٔ هم باشد که بتواند ارث ببرد ، بنابراین باید بین ممنوع ومحجوب از ارث فرق گذاشته شود چه‌بطوری

که در فصل آتی ملاحظه خواهد شد اگر محجوب در طبقه ارث بر باشد محروم ازارث نبوده منتهای مراتب از حد اعلای فرض خود بحد ادنی تنزل میکند ، و برعکس اگر در طبقه ارث بر نباشد بهیچوجه ارث نمیبرد و این حرمان نه در نتیجه این است که وارث بوده ولی ممنوع از ارث میباشد ، بلکه از این حیث است که اصلا وارث ارث بر نیست تا بتواند ارث ببرد . در هرحال از مجموع مواد راجعه بموانع ارث معلوم میگردد که در قانون مدنی برای ارث سه مانع فرض شده است اول قتل دوم لعان وسوم ولادت از زنا .

۹۰۱ - (الف) - قتل - بموجب ماده ۸۸۰ « قتل از موانع ارث است . بنا بر این کسی که مورث خود را عمداً بکشد از ارث او ممنوع میشود اعم از اینکه قتل بالمباشره باشد یا بالتسبیب و منفرداً باشد یا بشرکت دیگری . » و مطابق ماده ۸۸۱ « در صورتی که قتل مورث عمدی یابحکم قانون یابرای دفاع باشد مفاد ماده فوق‌مجری نخواهد بود . » از مجموع دو ماده فوق معلوم میشود که اولا برای اینکه قتل بتواندمانع ارث گردد باید عمدی باشد ، و دیگر تفاوت نمیکند که وارث شخصاً و بالمباشره مرتکب این جنایت شده باشد یا بالتسبیب ، و یا منفرداً اقدام کرده باشد ویا بشرکت و یا معاونت دیگری . بنا براین اگر کسی غیر از وارث اقـدام بارتکاب جرم کرده و وارث معاون یا شریك او باشد ، ویا برعکس خود وارث بمعاونت یا شرکت دیگری مرتکب قتل گردد ، ممنوع از ارث خواهد بود . و همچنین اگر وارث بنحوی از انحاء سبب وقوع قتل باشد باید از ارث ممنوع گردد .

ثانیاً - درمواردذیل‌قتل مانع ازارث نمیشود :

۱ - در صورتی که غیر عمدی باشد . مثلا پسری بقصد شکار تیر اندازی کند و تیر بپدر اصابت کرده اورا بکشد .

۲ - در صورتیکه بحکم قانون باشد . مثلا پسری که از حیث شغل دژخیم است پدر خود را که بحکم قانون محکوم باعدام شده است اعدام نماید در اینصورت نیز پسر از ارث پدر محروم نمیگردد .

۳ - در صورتیکه قتل برای دفاع باشد - اگرچه در ماده ۸۸۱ که این مورد پیش‌بینی شده است توضیح نگردیده که برای عدم ممانعت از ارث، قتل باید برای دفاع‌از نفس باشد ، یا قتل در مقام دفاع از مال هم مانع ارث نمیشود ، ولی بدیهی است که در

این مورد باید اصول متخذه در قانـون مجازات عمومی رعایت شده و در هرموردی که قانون مزبور برای ارتکاب قتل در موقع دفاع مجازاتی مقرر نداشته باشد قاتل نیزمحروم از ارث نخواهد بود و مخصوصاً این ترتیب از اطلاق عبارات ماده ۸۸۱ که قتل درمقام دفاع را بدون هیچ تقییدی مانع از ارث محسوب نگردد واضح میگردد .

در موضوع قتل مورث ممکن است اشکال ذیل پیش آید و آن عبارتست ازاینکه آیا قتل فقط در موارد مذکوره فوق مانع ارث محسوب نمیگردد یا در هرمورد دیگری‌که که قانوناً برای قاتل مجازاتی نمیباشد . توضیح آنکه بغیر از دو مورد اخیر که قانـوناً برای قاتل مجازاتی نیست سه‌مورد دیگر نیز موجود است که بموجب قانون مجازات عمومی قتل جرم محسوب نمیشود :

۱ ــ در صورتیکه مرتکب طفل غیر ممیز باشد .

۲ ــ در صورتیکه مرتکب در حال ارتکـاب مجنون بوده و یا اختلال دماغی داشته باشد .

۳ ــ در صورتیکه مامور دولت بوده و ارتکاب جرم برای اجـرای قانون لازم بوده باشد .

حال باید دید که‌در موارد فوق تکلیف وارث چه خواهد بود و آیا بایدمرتکب قتل را ممنوع از ارث دانست یانه ؟

نسبت بغیر ممیز و مجنون و مختل المشاعر مسلم است که نمیتوان حکم بممنوعیت از ارث داد . چه قتل غیر عمدی یعنی قتلی که مرتکب قاصد آن نبـوده است موجب ممنوعیت نمیشود ، و چون برای اشخاص مزبور هم نمیتوان فرض قصد نمود ، بنابر این اگر طفل غیر ممیز ویا شخص مجنون مورث خود را بکشد از ارث او ممنوع نخواهد بود . و اما نسبت بمامور دولت که مورث خود را فقط بعنوان اینکه ارتکـاب قتل برای اجرای قانون لازم بوده است بکشد حل قضیه خالی از اشکال نیست . چه ممکن است‌ادعا نمود که بطور کلی قتلی که مانع از ارث میشود قتلی است کـه قانوناً جرم محسوب و ارتکاب آن مستلزم مجازات باشد ، وچون قتل معروض را قانون جرم ندانسته و برای مرتکب آن مجازاتی مقرر ننموده است ، لذا ممنوع بودن از ارث نیز که خود یك نوع مجازات است نباید شامل حال چنین قاتلی بشود . در مقابل این ادعا ممکن است‌استدلال

شود که بهیچوجه بین قتلی که مانع ارث میباشد و قتلی که تشکیل جرم میدهد ارتباطی موجود نیست چنانکه قتل غیر عمدی جرم محسوب است ولی مانع ارث نمیشود پس اظهار اینکه چون مستخدم دولت اگر مرتکب قتلی شود که برای اجرای قانون لازم بوده است مجازات نمیگردد لذا در صورتی هم که مقتول مورث اوبود نباید از ارث ممنوع باشد . اظهار صحیحی نخواهد بود ، وبرعکس برای ممنوعیت چنین قاتل از تلفیق مادتین ۸۸۰ و ۸۸۱ دلیل متقنی میتوان استنباط کرد چه بحکم مادتین مزبوره قتل عمدی مانع ارث است مگر در صورتی که بحکم قانون یا در مقام دفاع باشد و چون در عمدی بودن قتل مفروض فوق نمیتوان تردید نمود و داخل در مستثنیات مادهٔ ۸۸۱ نیز نمی شود بنا بر این برای محرومی چنین قاتل از ارث مورث خود مانعی متصور نیست .

۹۰۲ – در موضوع قتلی که مانع ارث میشود این نکته نیز باید قید گردد که اساساً اثر جنحه و جنایات معطوف بخود مجرم است ، وجرم یکنفر نباید نسبت باولاد و اقوام او مؤثر گردد ، و همین نظریه رامادهٔ ۸۸۵ اتخاذ کرده مقرر میدارد که «اولاد و اقوام کسانی که بموجب مادهٔ ۸۸۰ از ارث ممنوع میشوند محروم از ارث نمیباشند بنا براین اولاد کسیکه پدر خود را کشته باشد از جد مقتول خود ارث میبرد اگر وارث نزدیکتری باعث حرمان آنان نشود . » و همچنین اولاد برادری که برادر خود را کشته باشد از عموی خود ارث میبرند اگر وارث دیگری که بواسطه نزدیکی بمقتول بتواند حاجب گردد وجود نداشته باشد .

۹۰۳ – (ب) لعان – اگرچه توضیح اینکه لعان چیست و در چه مواردی واقع میشود خارج از موضوع ارث است ولی بطور اختصار میگوئیم که لعان بمعنی لغوی طرد و دور کردن است و باصطلاح قانون عبارت است از نفرین زن و شوهر نسبت بیکدیگر بترتیبات خاصه و در مواقع معینی . برای لعان دو سبب موجود است اول قذف یعنی نسبت زنا که از طرف شوهر بزن داده میشود و دوم انکارولد یعنی ادعای شوهر مشعر براین که طفل متولد از زن او منتسب به غیر است . در هر صورت همینکه بین زن و شوهر ملاعنه واقع گردید بین آن ها و هم چنین بین پدر و فرزندی که بواسطه انکار او

لعان واقعشده مانع ارث موجود میشود ، وحکم مزبور بموجب مادهٔ ۸۸۲ بطریق ذیل بیان شده است : « بعد از لعان زن و شوهر ازیکدیگر ارث نمیبرند وهمچنین‌فرزندی که‌بسبب انکار اولعان واقع شده ازپدر و پدر از او ارث نمیبرد لیکن فرزند مزبور از مادر و خویشان مادری خود و همچنین‌مادر و خویشان مادری از او ارث میبرند . »

ازمادهٔ مزبورفوق‌معلوم‌میشود که از حیث توارث ، وقوع لعان علقه وراثت راهم از بین زوجین ، و هم از بین پدر و فرزندی که بسبب انکار اولعان واقع شده است بکلی قطع مینماید ، و بنابر این نه فقط زن و شوهر نمیتوانند بعداز ملاعنه از یکدیگر ارث ببرند بلکه در صورتی هم که طفل حقیقتاً متعلق بشوهر مادر خود بوده است دیگر نمیتواند از پدریکه اولادی اورا از خود نفی کرده ارث ببرد ، زیرا باوجود نفی فرزند و استیحاش پدر از نسب اودیگر چگونه میتوان اورا وارث پدر و یا پدر را وارث او دانست . ولی‌چون عدم صحت نسب طفل‌بنحویکه‌بتوان‌او را ثمرهٔ زنا دانست ثابت نشده و نسب او نسبت بمادرخود صحیح فرض میشود ، لذا نه علقه‌وراثت طفل از مادر وخویشان مادری او قطع میگردد و نه علقهٔ وراثت مادر و خویشان‌مادری فرزند از خوداوو بهمین جهت است که مادهٔ ۸۸۲ بعد از اشعار باینکه بعداز لعان علقهٔ وراثت بین پدر وفرزندی که بسبب انکار او لعان واقعشده‌قطع میشود ، مقرر میدارد که بر عکس « فرزند مزبور از مادر و خویشان مادری خود و همچنین مادر و خویشان مادری از اوارث میبرند . »

۹۰۴ ــ ممکن است که پدربعداز ملاعنه ازاقدام خودپشیمانشده وازلعان رجوع کنددر اینصورت‌مطابق مادهٔ ۸۸۳ پسر ازپدر ارث میبرد ولی نه‌پسر ازارحام پدری خود میتواند ارث ببرد ونه پدر وارحام پدری ازپسر . قبل از ورود بجزئیات این ماده باید توضیح شود که مقصود از کلمه پسر فرزند ذکور نبوده بلکه در این مادهٔ لغت مزبور بجای اولاد ذکر شده است .

برای حکم مزبور فوق ممکن است این دلیل ذکر گردد که بمحض وقوع لعان علقه نسبی ازبین پدر وفرزند مقطوع فرض میشود ، واگر پدر بملاحظاتی ، که شاید بردن ارث از فرزند خود نیز از جمله آن است ، ازلعان رجوع کند ، این اقدام اونباید‌نسبت بدیگری غیرازخوداو مؤثر باشد . پس‌بارجوع ازلعان پدراقدام خودرا تکذیب کرده وفرزندی که‌بسبب انکار اولعان واقع‌شده‌است باید از پدر خود ارث ببرد ولی چون اقدام پدرنباید

بضرر دیگران تمام شود لذا نه فرزند مزبور میتواند از ارحام پدری خود ارث ببرد و نه پدر وارحام پدری ازاو . چه در صورت اولی وراثت فرزند از ارحام پدری بضرر سایر وراث ارحام مزبور است ، ودر صورت دوم وراثت پدر وارحام پدری از فرزند موجب تضرر سایر وراث فرزند میشود .

۹۰۵ -(ج) **ولادت از زنا** - بطوریکه در موجبات ارث مذکور شد مهمترین موجبی که برای ارث مقرر شده عبارت از نسب است وبدیهی است که نسب وقتی موجب ارث میگردد که نسب صحیح ومشروع باشد ، بنابراین اشخاصیکه نطفه آنها درنتیجه رابطه نامشروع منعقد شده باشد نسب صحیح یعنی نسبی که بتواند موجب ارث گردد نخواهند داشت ، و همین نظریه را قانون مدنی تعقیب و بموجب ماده ۸۸۴ بطریق ذیل تصریح نموده است که « ولد الزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمیبرد .» ولی ممکن است که رابطه حاصله بین یك زن ویك مرد نسبت بیکی از طرفین زنا بوده و نسبت بدیگری زنا محسوب نشود چه برای تشکیل جرم زنا عناصر چندی لازم است که اهم آنها از قرار ذیل است :

اولا - باید مرتکب مشتبه نباشد یعنی حقیقتاً بداند که باطرف خود علقه زوجیت ندارد . بنا بر این اگر طرفین یا یکی از آنها اشتباهاً خود را زن وشوهر تصور نمایند دراین صورت رابطه موجوده نسبت بطرف مشتبه زنا نخواهد بود .

ثانیاً - باید ارتکاب در نتیجه اکراه نباشد . پس اگر کسی باکراه با زنی که زوجه او نیست هم بستر شود زن را نمیتوان زانیه محسوب نمود و در این صورت اگر در نتیجه این رابطه طفلی از آن زن متولد شود آن طفل نسبت بمرد نامشروع و نسبت بزن مشروع خواهد بود ، چه در این صورت رابطهٔ که طفل ثمره آنست نسبت بمرد زنا محسوب و نسبت بزن زنا نمیباشد . و همین نظریه را ماده ۸۸۴ تعقیب کرده و بعد از بیان حکمی که بموجب آن « ولدالزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمیبرد » اضافه مینماید « لیکن اگر حرمت رابطهٔ که طفل ثمره آنست نسبت بیکی از ابوین ثابت و نسبت بدیگری بواسطه اکراه یا شبهه زنا نباشد طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث میبرد و بالعکس . »

ازقسمت اول این ماده ممکن بود استنباط شود که فقط طفل نامشروع ممنوع از ارث

پدر ومادر واقوام آنان است و نه‌پدر و مادر و اقوام آنان ممنوع از ارث طفلی که‌ثمره زنا بوده است ، چه در قسمت مزبور مندرج است که « ولدالزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمیبرد » بدون آنکه عکس این‌مطلب نیز تصریح شده باشد ولی از کلمه « فقط » و عبارت « و بالعکس » که در جمله آخر ماده مزبوره مندرج است تقریباً واضح و مبرهن میشود که ابوین و اقوام آنان نیز از طفل نامشروع ارث نمیبرند . راست است که عبارت مزبور راجع است بموردی که طفل نسبت بیکی از ابوین نامشروع و نسبت به دیگری مشروع باشد ولی بدیهی است که‌اگر اقوام مادر مثلا که‌طفل نسبت باو مشروع است فقط و منحصراً حق داشته باشند که از طفل مزبور ارث ببرند پدر و اقوام پدر که طفل نسبت باو نامشروع است این حق را نخواهند داشت وچون بطور کلی هریك از ابوین که‌طفل نسبت باو نامشروع باشد نمیتواند خود شخصاً و یا اقوام او از طفل ارث‌ببرد لذا اگر نامشروعی طفل از طرفین باشد هیچیك از ابوین و اقوام آنان حق بردن ارث نخواهد داشت .

فصل چهارم

در حجب

۹۰۶ ــ ماده ۸۸۶ حجب را بطریق ذیل تعریف مینماید « حجب حالت وارثی است که بواسطه بودن وارث دیگر از بردن ارث کلا یا جزاً محروم میشود » پس در هر موردی که وارثی بواسطه بودن وارث دیگر از بردن تمام‌یا بعض ارث محروم گردد حالت حجب موجود بوده و وارثی را که بواسطه وجود او وارث دیگر از بردن ارث کلا یا جزاً محروم میشود حاجب و وارث محروم را محجوب مینامیم .

۹۰۷ ــ اگرچه از تعریف مزبور فوق موجود بودن دو قسم حجب معلوم است ، معذلك ماده ۸۸۷ بمقام توضیح ماده قبلی برآمده و اضافه مینماید که « حجب بر دو قسم است :

قسم اول آنست که وارث ازاصل ارث محروم گردد مثل برادر زاده که بواسطه بودن برادر یاخواهر متوفی از ارث محروم میشود یا برادر ابی که بابودن برادر ابوینی از ارث محروم میگردد .

قسم دوم آنست که فرض وارث از حد اعلی بحد ادنی نازل میگردد مثل تنزل حصه شوهر از نصف به‌ربع در صورتیکه برای زوجه اولاد باشد و همچنین تنزل حصه زن از ربع به ثمن در صورتیکه برای زوج او اولاد باشد . »

حجبی را که بموجب آن وارث از اصل ارث محروم میشود یعنی حجب از قسم اول‌راحجب حرمانی و حجب از قسم دوم یعنی حجبی راکه بموجب آن فرض وارث ازحد اعلی بحد ادنی تنزل میابد حجب نقصانی میگویند .

مبحث اول

در حجب حرمانی

برای حجب حرمانی ماده ۸۸۷ دو مثال زده است که اگر قدری دقت شود شاید مورد شبهه شود ، که آیا هردو مثال مذکور در این ماده ، باحجب حرمانی کاملا منطبق میشود یانه ؟ چه ماده مزبوره بعد ازتعریف حجب حرمانی که بموجب آن وارثی از اصل ارث محروم میشود اضافه مینماید « مثل برادر زاده که بواسطه بودن برادر یاخواهرمتوفی از ارث محروم میشود یا برادر ابی که با بودن برادر ابوینی از ارث محروم میگردد . » مثال دوم باتعریف حجب حرمانی کاملا موافق بوده و نمیتواند مورد شبهه واقع شود چه اخوه میت وراث طبقه دوم بوده ودر صورت نبودن وارثی از طبقه اول ترکه میت بانها میرسد واگر بابودن برادر ابوینی برادر ابی که طبقتاً ودرجتاً مساوی بااواست نتواند ارث ببرد ، برادر ابوینی حاجب وبرادرابی محروم از اصل ارث بوده و وضعیت اوکاملاباحجب حرمانی منطبق میشود ؛ و اما نسبت بمثال اول، شبههٔ کـه درفوق اشاره بان نمودیم ممکن است ازاین حیث تولید شود که اصلا قانون بابودن برادر یا خواهر میت ببرادر زاده یا خواهر زاده او حق وراثت نداده است ، بنابر این اظهار اینکه برادر میت حاجب برادر زاده او میباشد اظهار صحیحی بنظر نمیرسد لیکن اگر درست دقت شود معلوم خواهـد شد که تولید اشتباه دراین مثال نیز بی مورد است . چه مطابق ماده ۸۶۲ اجداد وبرادر وخواهر واولاد آنها وراث طبقه دوم هستند واگر باوجو اینکه برادر وبرادر زاده میت وارث هم طبقه هستند ، برادر زاده نتواند ارث ببرد پس حالت حجب حرمانی موجود و مثال مذکور فوق نیز باتعریف این قسم حجب کـاملا منطبق میشود .

۹۰۸ ـ غالباً بهر طبقه نزدیك از وراث حاجب طبقه دور تر گفته میشود و لی بدیهی است که استعمال لغت حجب در این مورد از نقطه نظر تعمیم معنی بوده و حقیقتاً نمیتوان گفت که وراث طبقه اولی مثلا حاجب وراث طبقه دوم می باشند چه اساساً بابودن وارثی در طبقه اولی وراث طبقه دوم وارث حقیقی نیستند تااز بردن ارث کلا یا جزاً محروم شده و وضعیت آنها باتعریف حجب حرمانی یا نقصانی منطبق گردد . معذالك در قانون مدنی نیزاین رویه تعقیب شدهوماده ۸۸۸ آنرا تصریح مینماید چهبموجب ماده مزبوره مقرر است که « ضابطه حجب ازاصل ارث » یعنی ضابطه حجب حرمانی « رعایت اقربیت بمیت است ، بنابر این هر طبقه از وراث طبقه بعد رااز ارث محروم مینماید مگردرمورد ماده ۹۳۶ و موردیکه وارث دورتر بتواند بسمت قائم مقامی ارث ببرد که در اینصورت هر دو ارث میبرند . »

ماده مزبور بااندازهٔ قابل انتقاد است ازاین حیث که مستثنای مندرج در قسمت اخیر آن تقریباً مستثنای منقطع میباشد چه بموجب قسمت اولماده هرطبقه ازوراث طبقه بعد را از ارث محروم مینماید ودراینصورت برای اینکه مستثنا مستثنای متصل باشد بایستیموردی ذکر شده باشد که طبقهٔ قبلینتواند طبقه بعدیرا محروم کند و حال آنکه نهمورد مصرح درماده ۹۳۶ موردیاست که طبقه قبلی نتواند طبقهبعدی را محروم ازارثکند ونهموردی که وارث دور تر بسمت قائم مقامی ارث میبرد چه بموجب ماده ۹۳۶ « باوجود اعمامیا اخوال اولاد آنها ارث نمیبرندمگر در صورت انحصار وارث بیك پسر عموی ابوینی با یك عموی تنها که فقط در اینصورت پسر عمو عمو را از ارث محروم میکند . » و چون عمو وپسر عمو هردو از وراثطبقه سوم هستند بنابراین اظهار اینکه دراین موردبخصوص پسر عمو موجب حرمان عمو میشود ویا عمو نمیتواند حاجبپسرعمو گردد نمیتواندمنطبق باموردی باشد که طبقهقبلی نتواند حاجب طبقه بعدی گردد و همچنین در موردیکه یکنفر بسمت قائم مقامی ارث میبردطبقات مختلفه وراث شریكارث نمیباشند تا یکی حاجب ودیگری محجوب باشد بلکه تمام آنها ازوراث طبقه واحده محسوبند چنانکه بانبودناولاد،اولاداولاد میت بسمت قائم مقامی پدر و یا مادر خودبا ابوین میت ارث میبرند و حال آنکه اولاد اولاد از طبقه دوم وراث نبوده بلکه از حیث طبقه مساوی باابوینمیت میباشند.

برای اینکه اشکال فوق بمفاد مادهٔ ۸۸۸ متوجه نگردد ممکن است مادهٔ مزبوره دو قسم توجیه‌شود :

اولا ـ باینطریق که مستثنیات مندرجه در قسمت اخیر این مادهٔ مربوط بجمله اول آن است ودر این صورت عبارت مادهٔ مزبوره باین طریق تفسیر میشود که « ضابطه حجب از اصل ارث رعایت اقربیت بمیت است مگر در مورد مادهٔ ۹۳۶ و موردیکه وارث دورتر بتواند بسمت قائم مقامی ارث ببرد که دراین صورت اقرب بمیت حاجب ابعد نمیشود . » ثانیاً درمادهٔ مزبوره بکلمه طبقه معنی خاصی که بموجب مادهٔ ۸۶۲ باین لفت دادهٔ شده است دادهٔ نشده بلکه دراین مادهٔ بکلمه مزبور معنی وسیعتری قائل شده اند توضیح آنکه درهر طبقهٔ از طبقات وراث‌نیز درجاتی موجود است مثلا در وراث طبقه اول اولاد اولاد هم درجه بااولاد میت نمیباشند وحال آنکه هم طبقه با آنها هستند . نظر باین مراتب ممکن است مادهٔ ۸۸۸ باینطریق تعبیر شود که « ضابطه حجب از اصل ارث رعایت اقربیت‌بمیت است بنابر این هرطبقه ویا درجه از وراث طبقه یادرجه بعد را از ارث محروم مینماید مگر الی آخر مادهٔ . »

۹۰۹ ـ درهر حال بحکم مندرج درماده ۸۸۸ دواستثناء موجود است‌اول‌موردی که بموجب مادهٔ ۹۳۶ پیش بینی شدهٔ ودوم موردی که وارث دورتر یعنی دور تر از حیث درجه ونهٔ دور تر از حیث طبقه بتواند بسمت قائم مقامی ارث ببرد .

استثنای اول یعنی استثنای مندرج درمادهٔ ۹۳۶ را فوقاً بطور اختصار ذکر نمودیم و در موقع خود نیز مفصلا بیان خواهدشد واما استثناء دوم عبارتست ازآنچه که‌بموجب مادهٔ۸۸۹ ومادهٔ ۸۹۰ پیش بینی شدهٔ است .

۹۱۰ ـ بموجب مادهٔ ۸۸۹ « در بین وراث طبقه اولی اگر برای میت اولادی‌نباشد اولاد اولاد اوهرقدر که پائین بروند قائم مقام‌پدر یامادر خود» یعنی قائم‌مقام کسی که بتوسط او بمیت متصل‌میشوند«بوده وباهریك از ابوین متوفی که‌زندهٔ باشدارث‌میبرند ولی‌در بین‌اولاد اقرب بمیت ابعد را از ارث محروم مینماید .»

مادهٔ مزبورهٔ مصداق حقیقی و واقعی حجب حرمانی را بیان میکند چه بطوریکه در فصل اول این باب مذکور گردید اولاد اولاد میت هم طبقه بااولاد میت بودهٔ و هر دو در آن واحد وارث محسوب میشوند و در این صورت یکی از وراث که عبارت از

فرزند بلا فصل میت باشد وارث دیگر را که عبارت از اولاد اولاد میت باشد از اصل ارث محروم میکند و این نیست مگر حقیقت حجب حرمانی . پس با بودن اولاد بلا فصل اولاد اولاد میت محجوب بوده و نمیتوانند ارث ببرند ولی اگر برای میت اولاد بلا فصل نباشد اولاداولاداو قائم مقام پدر یامادر خود بوده و باین طریق بمنزله اولاد بلا فصل محسوب و با هریك از ابوین میت که زنده باشد ارث میبرند ، و اما در میان اولاد اولاد هم همان ضابطه حجب حرمانی که رعایت اقربیت بمیت است حکم فرمائی کرده و نزدیکتر بمیت حاجب دور تر میشود . بنا بر این با بودن نواده نتیجه میت ارث نمیبرد وقس علیهذا هر قدر که اولاد اولاد پائین بروند .

۹۱۱ - مطابق ماده ۸۹۰ نیز « در بین وراث طبقه دوم اگر برای متوفی برادر یا خواهری نباشد اولاد اخوه هر قدر که پائین بروند قائم مقام پدر یا مادر خود بوده با هر یك از اجداد متوفی که زنده باشد ارث میبرند لیکن در بین اجداد یااولاد اخوه اقرب بمتوفی ابعد را از ارث محروم میکند . »

پس مطابق این ماده همان حکمی که بموجب ماده ۸۸۹ نسبت بوراث طبقه اولی اتخاذ شده است در بارهٔ وراث طبقه دوم نیز مجری خواهد بود و بنا بر این اگر برای میت برادر و خواهری نبوده و ورثه او عبارت باشد از اولاد اخوه و اجداد در این صورت اولاد اخوه بمنزله اخوه محسوب و با اجداد میت ارث میبرند وهمچنین اگر برای میت اخوه بوده ولی جد یاجده نباشد دراین صورت هریك ازابوین جد یاجده که زنده باشد بمنزله خودجد یا جده محسوب و بسمت قائم مقامی او با اخوه میت ارث میبرند . و اما در روابط بین اولاد اخوه با هم و همچنین در روابط بین اجداد با هم نزدیکتر بمیت دورتررا محروم مینماید .

۹۱۲ - حکم مزبور فوق در مورد وراث طبقه سوم نیز رعایت شده و قسمت اخیر ماده ۸۹۰ مقرر میدارد که « مفاد این ماده در مورد وراث طبقه سوم نیز مجری میباشد . » بنا بر این اگر برای متوفی نه اعمام باشد و نه اخوال اولاد آنها بجای آنها ارث میبرند ولی در روابط بین بنی اعمام و بنی اخوال با هم اقرب بمیت ابعد را محروم مینماید .

۹۱۳ - از مجموع مطالب مربوطه به حجب حرمانی میتوان چنین نتیجه گرفت که اولاً در بین وراث نسبی میت ، اقوام درجه اول او نمیتوانند حاجب حرمانی داشته باشند

چه ضابطه حجب حرمانی اقربیت بمیت است و هیچکس نمیتواند از خویشان نسبی درجه اول میت یعنی از ابوین و اولاد بلافصل او نزدیك تر بمیت باشد تا آنها را بتواند محروم از ارث کند و ثانیاً زوج و زوجه که خارج از طبقات سه گانه وراث بوده و با هریك از وراث طبقات مزبوره شرکت در بردن ارث مینمایند نمیتوانند حاجب حرمانی داشته باشند و همین دو مطلب را ماده ۸۹۱ باین طریق بیان میکند که «وراث ذیل حاجب از ارث ندارند : پدر ـ مادر ـ پسر ـ دختر ـ زوج و زوجه» اگر چه در این ماده بطور مطلق ذکر شده که وراث مزبور حاجب از ارث ندارند و ممکن است از این اطلاق عبارت چنان استفاده شود که پدر و مادر وپسر و دختر و زوج و زوجه نه حاجب حرمانی دارند و نه حاجب نقصانی ولی نظر بماده ۸۸۷ که مخصوصاً برای حجب نقصانی تنزل فرض زوج ویا زوجه رااز حد اعلی به حد ادنی مثال زده وهمچنین نظر بماده ۸۹۲ که ذیلا مذکور خواهد شد وبرای ابوین ویابرای مادر تنهاوهمچنین برای زوج وزوجه وجود حاجب نقصانی را مقرر داشته است معلوم میگردد که مقصود ماده ۸۹۱ از نبودن حاجب برای ابوین ویابرای زوج وزوجه همان حاجب حرمانی است و نه حاجب نقصانی .

مبحث دوم

در حجب نقصانی

۹۱۴ ـ بطوریکه در ضمن تعریف حجب مذکور گردید ، حجب نقصانی وقتی است که فرض وارثی بواسطه بودن وارث دیگر از حد اعلی بحد ادنی تنزل کند . و مطابق ماده ۸۹۲ سه وارث ممکن است مورد حجب نقصانی واقع شود : اول ابوین میت ـ دوم زوج یا زوجه ـ سوم مادر میت.

۹۱۵ ـ (الف) حجب نقصانی ابوین ـ مطابق ماده ۸۹۲ « وقتی که برای میت اولاد یا اولاد اولاد باشد در اینصورت ابوین میت از بردن بیش از یك ثلث محروم می شوند .... » ومقصود از اینکه ابوین میت نمیتوانند بیش از یك ثلث ببرند نه اینست که هر یك یك ثلث میبرد بلکه مقصود اینست که فرض هر یك بیش از یك سدس که مجموعاً یك ثلث باشد نخواهد بود چنانکه همین مطلب از ذیل ماده مزبور که بعد از بیان حکم مستثنیاتی قائل میگردد کاملا مستفاد میشود . چه ماده ۸۹۲ بعد از اشعار اینکه اگر برای میت اولاد یا اولاد اولاد باشد ابوین او بیش از یك

ثلث نمیبرند اضافه مینماید که « مگر در مورد مادهٔ ۹۰۸ و ۹۰۹ که ممکن است هر یك از ابوین بعنوان قرابت‌یارد بیش ازیك سدس ببرد ۰۰۰۰ » پس از این عبارت کاملا معلوم است که در قسمت اول ماده‌نیز مقصود از یك‌ثلث فرض هر دو ابوین‌است، و نه فرض‌فردفرد آنها .

۹۱۶ – قبل از توضیح مستثنیاتی‌که بموجب مادهٔ ۸۹۲ پیش بینی شدد است باید عبارت« بعنوان قرابت‌یارد » که درمادهٔ مزبوره مندرج است تشریح شودومقصوداز این عبارت‌منع‌تعصیب است. توضیح آنکه بعقیدهٔ فقهای‌عامه‌هر گاه‌وراث عبارت‌باشد ازوراث ذیفرض وبعد ازموضوع کردن فرض آنها چیزی ازترکه باقی بماند بقیه باید بصاحبان عصبه یعنی به‌کسانیکه از طرف پدر با میت قرابت دارند برسد مثلا اگر میت مادر وزوجه ویك‌دختر ویك نوه پسری داشته باشد که پدر او قبلا فوت کرده است مطابق اصول متخذه در قانون مدنـی با بودن دختر که فرزند بلاواسطه میت است نوه او ارث نمیبرد و در این صورت باید نصف‌ترکه بدختر وثمن آن بزوجه وسدس آن بمادر برسد که مجموعاً میشود ۱۹ سهم از۲۴ سهم و بقیه که عبـارت از $\frac{۵}{۲۴}$ است ما بین دختر و مادر به نسبت فرض آن ها تقسیم می شود وحال آنکه اگر قاعدهٔ تعصیب مرعی میبود بایستی بقیه به نوه پسری داده شود و مقصود از عبارت بعنوان قرابت یارد، منع همین تقسیم است .

۹۱۷ – حال باید ببینیم که درچه موارد استثنائی ابوین میت‌میتوانند بیش از یك سدس ببرند و موارد مزبوره عبارتست از مواردیکه بموجب ماده ۹۰۸ و مواردی که به موجب ماده ۹۰۹ پیش بینی شده است و گـر چه مواد مذکور درموقع خود شرح داده خواهد شد ولی مختصراً اشاره مینمائیم که مورد مندرج درماده ۹۰۸ عبارتست از وقتی که برای میت پدر یامادر ویاهردو ابوین موجود باشد بایك دختر که در این صورت پدر حتما ومادر اگر حاجب نداشته باشد بیش ازیك‌سدس میبردو مورد مندرج در ماده ۹۰۹ عبارت است از وقتیکه پدریا مادر متوفی یا هردو ابوین او موجود باشند با چند دختر که دراین صورت ممکن است پدر یامادر بیش ازیك‌سدس ببرد .

۹۱۸ – (ب) حجب نقصانی زوج یازوجه – در مورد تنزل فرض زوج یازوجه ازحداعلی بحد ادنی ماده ۸۹۲ مقرر میدارد که هرگاه برای میت اولاد یا اولاد اولاد

باشد در این صورت « زوج ازبردن بیش‌ازیک‌ربع وزوجه ازبردن بیش ازیک ثمن محروم میشود .» پس همینکه مردی بمیرد و برای‌او اولاد یا اولاد اولاد باشد زوجه او نمیتواند بیش ازثمن فرض ببرد اگرچه اولاد متوفی ویا اولاد اولاد او از مادر دیگر غیراززوجه فعلی باشند و همچنین اگر زنی بمیرد واولادیا اولاد اولاد داشته باشد شوهر او نمیتواند بیش از ربع متروکات زن را ببرد اگر چه اولاد یا اولاد اولاد زن از شوهر دیگر باشد .

۹۱۹ – (ج) – حجب نقصانی مادر – حجب نقصانی مادررا‌قسمت اخیر ماده۸۹۲ بطریق ذیل بیان میکند: « وقتی که برای میت چند برادر یا خواهر باشد دراین‌صورت مادر میت ازبردن بیش ازیک‌سدس محروم میشود مشروط براینکه :

اولا – لااقل دوبرادر یایک‌برادر بادوخواهر یاچهار خواهر باشند

ثانیاً – پدرآنها زنده باشد

ثالثاً – ازارث ممنوع‌نباشد مگر بهسبب قتل

رابعاً – ابوینی یاابی تنها باشد

اخوه میت که بابودن شرایط فوق حاجب مادر او میشوند ، فقط مادر راازبردن بیش‌ازیک‌سدس محروم مینمایند ، بدون اینکه خودشان بتوانند ازترکه میت حصه ببرند چه بابودن ابوین که وراث طبقه اول هستند ، اخوه میت که وارث طبقه دوم میباشند ،محروم از ارث خواهند بود .

در هرحال برای اینکه اخوه میت بتوانند حاجب مادر او باشند باید شرایطچهارگانه مذکور فوق جمع باشد وهرگاه یکی ازشرایط موجود نبود اخوه میت نمیتوانند حاجب مادر او باشند ، مثلا اگر اخوه عبارت باشد از یك برادر و یك خواهر مادر میت از بردن بیش از یك‌سدس محروم نخواهد بود . وهمچنین اگر اخوه میت یك برادر ودو خواهربودد ولی پدر آنها زنده نباشد در این صورت نیز مادر میت میتواند بیش از یك سدس ببرد و بالاخره اگر اخوه میت از حیث عده برای حجب مادر کافی باشد ولی یك یاچند نفر آنها امی باشند باز نمیتوانند حاجب مادر گردند .

راجع بشرط سوم یعنی شرطی که بموجب آن « ممنوع از ارث نباشد مگربسبب قتل » باید توضیحات ذیل داده شود :

اولا ــ اگر چه در فقره سوم از قسمت (ب) ماده ۸۹۲ قید شده است که «ثالثاً ممنوع از ارث نباشد مگر بسبب قتل» و از استعمال فعل نباشد به مفرد ممکن است استنباط گردد که مقصود عدم ممنوعیت مادر بوده است چه اگر فاعل این فعل اخوه میبود بایستی بجمع استعمال شده باشد ولی بدیهی است که این تردید مورد ندارد زیرا که از سوق عبارت کاملا معلوم است که مقصود عدم ممنوعیت خود اخوه بوده است ولا غیر پس اگر اخوه میت بعلت لعان مثلا ممنوع ازارث باشند نمیتوانند حاجب مادر گردند .

ثانیا ــ امکان وقوع حقیقی این شرط غیر قابل تصور است زیرا که با بودن پدر ومادر میت اخوه او وارث نیستند تا ممنوع از ارث او باشند و مقصود ازاین ممنوعیت ممنوعیت فرضی است یعنی اخوه میت در صورتیکه وارث حقیقی میبودند بایستی ممنوع از ارث بوده باشند .

ثالثاً ــ ممنوعیت از ارث بعلت قتل موجب حجب مادر نمیشود . چه اساساً برای حاجب بودن اخوه درصورت تعدد آنها بنحویکه در ماده ۸۹۲ مصرح است و درصورت زنده بودن پدر آنها ، فلسفهٔ که میشود قائل شد عبارتست ازاینکه اگر برای میت اخوه متعدد بوده وپدر آنها زنده باشد ، مخارج اخوه بعهده پدر آنها است و نه بعهده مادر و بنابراین سهم پدر باید ازترکه میت بیشتر از سهم مادر باشد ، وچون درصورت قتل هم این فلسفه موجود است بنابراین قتل باید موجب حرمان مادر گردد وحال آنکه در صورت لعان چون مخارج اخوهٔ که نفی شده اند دیگر بعهدهٔ پدری که آنهارا انکار کرده است نمیباشد ، بلکه مخارج آنها تا اندازهٔ بعهده مادر میباشد . لذا در این صورت ممنوعیت ازارث نباید موجب حجب مادر شود .

فصل پنجم

درفرض وصاحبان فرض

۹۲۰ ــ اگرچه در قانون مدنی لغت فرض مستقیماً تعریف نشده است ، ولیکن از ابتداء ماده ۸۹۵ کـه میگوید « سهام معینه که فرض نامیده میشود » ممکن است برای لغت مزبور تعریفی استخراج نمود . پس باعطف توجه بماده مزبوره فرض عبارتست

از سهم معین از ترکه میت که قانوناً برای وارث او معین شده باشد. توضیح آنکه مطابق ماده ۸۹۳ وراث میت «بعضی بفرض، بعضی بقرابت وبعضی گاه بفرض وگاهی بقرابت ارث میبرند.» مثلا زوجه میت همیشه بفرض ارث میبرد وباید از ترکه متوفی باختلاف مورد ثمن یاربع باو داده شود. و همچنین مادر میت همیشه بفرض ارث برده و باختلاف مورد سدس یاثلث ترکه باومیرسد منتهای مراتب و بطوریکه ذکر خواهدشد اگر درطبقه اولی صاحب قرابتی نباشد که ازحیث درجه مساوی با مادر باشد در این صورت مادر میتواند بعنوان رد بیش تر ازفرض خود ببرد.

۹۲۱ - در هرحال مطابق ماده ۸۹۴ «صاحبان فرض اشخاصی هستند که سهم آنان از ترکه معین است» و «صاحبان قرابت کسانی هستند که سهم آنان معین نیست و ممکن است باختلاف موارد حصه بیشتر یاکمتری بانها برسد. وگرچه ممکن است به بعضی ازصاحبان فرض هم باختلاف موارد حصه بیشتر یاکمتری برسد واین ترتیب وقتی است که صاحب فرض بتواند بقرابت هم ارث ببرد و اگر صاحب فرض از جمله کسانی باشد که فقط بفرض میتواند ارث ببرد امکان بردن زیادتر از فرض اعلی فقط در صورتی متصور است که مازاد از فرض را رداً ببرد.

۹۲۲ - اشخاصیکه فقط بفرض ارث میبرند بموجب ماده ۸۹۶ معین شده و آنها عبارتند از مادر وزوج وزوجه. و اشخاصیکه گاهی بفرض وگاهی بقرابت ارث میبرند مطابق ماده ۸۹۷ معلوم گشته وعبارتند «ازپدر ودختر و دخترها و خواهر و خواهر های ابی یا ابوینی و کلالهامی.» یعنی اخوه امی و اولاد آنها چه لغت کلاله عبارتست از کلیه اخوه واولاد آنها.

سایر وراث ازهر طبقه که باشند فقط بقرابت ارث میبرند چنانکه ماده ۸۹۸ همین معنی را تصریح کرده و مقرر میدارد که «وراث دیگر بغیر از مذکورین در دو ماده فوق فقط بقرابت ارث میبرند.» پس پسر و اعمام و اخوال مثلا فقط بقرابت ارث می برند.

۹۲۳ - حال باید به بینیم که فرض یعنی سهام معینه از ترکه میت که به بعض از وراث میرسد عبارت از چه سهامی است و هر فرض برای کدام یك از وراث معین است:

مطابق ماده ۸۹۵ که فوقاً هم بان اشاره گردید « سهام معینه که فرض نامیده میشوند عبارتست از نصف ، ربع ، ثمن ، دوثلث ، ثلث وسدس ترکه .» که ذیلاصاحبان هریك ازسهام مزبور معین میگردند .

۹۲۴ - (الف) نصف - بموجب ماده ۸۹۹ « فرض سه و ارث نصف ترکه است :

۱ - شوهر در صورت نبودن اولاد برای متوفاة اگر چه از شوهر دیگر باشد ؛

۲ - دختر اگر فرزند منحصر باشد ؛

۳ - خواهر ابوینی یا ابی تنها در صورتیکه منحصر بفرد باشد .»

۹۲۵ - (ب)-ربع- فقط دووارث است که فرض آنها ربع ترکه بوده وبموجب ماده ۹۰۰ معین شده اند :

« ۱-شوهر در صورت فوت زن باداشتن اولاد » وگرچه در ماده مزبوره قید نشده است که اولاد زن باید از شوهری باشد که سمت وراثت دارد ویا درصورتوجود اولاد از شوهر دیگر هم فرض شوهر فعلی بیش از ربع نخواهد بود ، ولی نظرباطلاق عبارات ماده مسلم است که بمحض بودن اولاد برای متوفاة فرض شوهر او بیش ازیك ربع نمیباشد اگر چه اولاد متوفاة ازشوهر دیگر باشد .

«۲- زوجه یازوجه‌ها در صورت فوت شوهر بدون اولاد .» و مقصود از عبارت « زوجه یا زوجه‌ها » این است که ربع فرض زوجه است اگر تنها باشد و فرض تمام زوجات است اگر متعدد باشند . ودر این صورت همان یك ربع بین زوجات بالسویه تقسیم میگردد .

۹۲۶ - (ج) - ثمن - مطابق ماده ۹۰۱ ثمن فقط فرض زوجه یا زوجه ها است درصورت فوت شوهر باداشتن اولاد .

۹۲۷ - (د) دوثلث - بموجب ماده ۹۰۲ « فرض دووارث دوثلث ترکه است» و مقصود ازعبارت « دووارث» نه این است کهحقیقتاً فرض دونفر از وراث دوثلث‌ترکه باشد بلکه دوثلث فرض دودسته ازوراث است که ممکن‌است عده هردسته بیش ازدوباشد

چنانکه همین تفسیر از عبارات ذیل ماده که دوثلث برها را معین میکند واضح است . در هرحال دوثلث برها از قرارذیل میباشند :

« ۱ ــ دودختر وبیشتر درصورت نبودن اولاد ذکور ،

۲ ــ دوخواهر وبیشتر ابوینی تنها یا ابی تنها با نبودن برادر .»

پس اگر برای میت اولاد ذکور نبوده و اولاد ائمه ارث باشد از چند دخترفرض تمام دخترها دوثلث ترکه میباشد وثلث دیگر بطوریکه بعدها گفته خواهد شد در صورتنبودن هیچیك ازابوین بخود دخترها بعنوان قرابت میرسد .

۹۲۸ ــ (ه) ــ ثلث ــ فرض دو وارث نیز ثلث ترکه است که بموجب ماده ۹۰۳ معین و ازقرار ذیل میباشند :

« ۱ ــ مادر متوفی در صورتی که میت اولاد و اخوه نداشته باشد » ولی بدیهی است که بودن اخوه در هر حال مانع نیست از اینکه مادر میت بتواند ثلث ترکه فرزند خود را ببرد ، چه هر گاه برای میت اخوه بوده ولی آنها بواسطه جمع نبودن شرایط حجب نتوانند حاجب مادر گردند در این صورت فرض مادر با بودن اخوه هم ثلث ترکه خواهد بود چنانکه همین معنی از ماده ۹۰۶ که راجع بسهم الارث ابوین است و در فصل آتی ملاحظه خواهد شد کاملا مستفاد میگردد .

« ۲ــ کلاله امی در صورتیکه بیش از یکی باشد .»

۹۲۹ ــ (و) ــ سدس ــ بالاخره فرض سه وارث سدس ترکه است و مطابق ماده ۹۰۴ وراث مزبور از قرار ذیل میباشند :

۱) پدر میت ــ ۲) مادر او ــ ۳) کلاله امی میت اگر تنها باشد . وگر چه در این ماده بطور مطلق گفته شده است که فرض پدر ومادر میت سدس ترکه است ولی بدیهی است که باملاحظه مواد مربوطه بارث ابوین باید اضافه شود که فرض پدر و مادر میت سدس ترکه است در صورتیکه برای میت اولاد یا اولاد اولاد باشد و بعلاوه این نکته از ماده ۹۰۳ نیز که فرض مادر را در صورت نبودن اولاد به ثلث معین مینماید کاملا استنباط میگردد .

۹۳۰ ــ درمواردیکه صاحبان فرض و صاحبان قرابت باهم جمع میشوند مطابق ماده ۹۰۵ « از ترکه میت هر صاحب فرض حصه خودرا میبرد و بقیه بصاحبان قرابت میرسد .... »

پس اگر وارث عبارت باشد ازمادر و زوجه واولاد ذکور میت، در این صورت ثمن ترکه بعنوان فرض بزوجه و سدس آن بهمین‌عنوان بمادر میت میرسد که مجموعاً ۷سهم از ۲۴ سهم‌میشودو بقیه که‌عبارت‌از ۱۷ سهم باشدبین اولاد اوتقسیم‌میگردد . ولی ممکن‌است که درصورت اجتماع‌صاحبان فرض‌برای‌میت وارثی نباشد که بتواند باصاحبان فرض‌هم‌طبقه وهم‌درجه‌بوده وبقیه‌ترکه را بعنوان قرابت ببرد در اینصورت مادهٔ ۹۰۵ مقرر میداردکه « اگرصاحب قرابتی درآن‌طبقه مساوی باصاحب فرض‌در درجه نباشد‌باقی بصاحب‌فرض ردمیشود. » مثلا اگر وارث عبارت‌باشد از مادر میت و یك دختر در اینصورت فرض مادر سدس وفرض دختر نصف ترکه است که مجموعاً $\frac{4}{6}$ میشود ومابقی که $\frac{2}{6}$ یا یك ثلث است بین مادر ودختر بهنسبت فرض آنها تقسیم میشود. بالاخره ممکن است که جزو صاحبان فرض زوج یا زوجه میت باشد ودر اینصورت مطابق قسمت اخیر مادهٔ ۹۰۵ زوج وزوجه ازبقیه ترکه سهمی نمیبرندیعنی باختلاف موارد فرض اعلی یاادنی خودرا برده وبقیه ترکه بصاحبان قرابت ویابسایرصاحبان فرض میرسد مگر در مورد انحصار وارث بزوج که بعد از بردن فرض خود یعنی‌نصف ترکه بقیه باو رد میشود .

پس اگر فرض کنیم که وارث عبارتست از مادر وزوجه ویك دختر میت در اینصورت نصف ترکه فرض دختر وسدس آن فرض مادر وثمن فرض زوجه است که مجموعاً نوزده سهم از بیست وچهارسهم میشود وبقیه که عبارتست از $\frac{5}{24}$ فقط بین مادر و دختر میت تقسیم شده ودیگر زوجه اوازآن حصه نمیبرد .

فصل ششم

در سهم الارث طبقات مختلفه وراث

۹۳۱ ـ بطوری که‌در فصل اول این‌باب ودر ضمن توضیحات راجعه بمادهٔ ۸۶۲ مذکور شد طبقات وراث عبارتست ازسه طبقه :

۱ ـ پدر ومادر واولاد واولاد اولاد ؛

۲ ـ اجداد وبرادر وخواهر واولاد آنها ؛

۳ ـ اعمام وعمات واخوال وخالات واولاد آنها ؛

حال باید سهم‌الارث هریك از طبقات مختلفه بیان شود :

مبحث اول

در سهم‌الارث طبقه اولی

۹۳۲ ـ برای تعیین سهم‌الارث طبقه اول از وراث ممکن است چندین حالت تصور شود : اول ــ بلا عقب بودن میت و بودن ابوین یا یکی از آنها ؛

دوم ــ بودن اولاد و نبودن ابوین میت ؛

سوم ــ بودن اولاد باهر دو ابوین میت یا فقط بایکی از آنها ؛

حالت اول ـ بلا عقب بودن میت ـ در این حال نیز ممکن است دو شق فرض گردد :

شق اول ــ وارث منحصر بمادر یا پدر تنها است . در این صورت تمام ترکه میت بپدر یامادر میرسد . چنانکه همین ترتیب را قسمت اول مادهٔ ۹۰۶ بطریق ذیل بیان مینماید : « اگر برای میت اولاد یا اولاد اولاد از هر درجه که باشد موجود نباشد هریك از ابوین در صورت انفراد تمام ارث را میبرد . »

شق دوم ـ وارث عبارتست از ابوین میت ـ در این شق نیز ممکن است دو صورت پیش آید یعنی ممکن است که مادر میت حاجب نداشته ویا حاجب داشته باشد .

در صورت اول ثلث ترکه بعنوان فرض بمادر میرسد و دو ثلث تعلق بپدر دارد و در صورت دوم سدس ترکه بعنوان فرض به مادر رسیده ، و پنج سدس آن متعلق به پدر میت خواهد بود چنانکه همین طریق درذیل مادهٔ ۹۰۶ بیان ومقرر شده است «اگر پدر و مادر میت هردو زنده باشند مادر یك‌ثلث و پدر دوثلث میبرد لیکن اگر مادرحاجب داشته باشد سدس از ترکه متعلق بمادر و بقیه مال پدر است . »

۹۳۳ ـ حالت دوم ـ بودن اولاد و نبودن ابوین میت ـ دراین حال نیز سه شق‌ممکن است پیش آید :

شق اول ــ فرزند میت منحصر بیك نفر است . دراین صورت تمام ترکه متعلق بهمان یکنفر خواهد بوداعم از اینکه پسر باشد یا دختر .

شق دوم ــ اولاد میت متعدد هستند ولی تمام آنها پسر ویا تمام آنها دختر است . دراین صورت ترکه میت بین اولاد او بالسویه تقسیم میشود .

شق سوم ــ اولاد میت متعدد هستند ولی بعضی از آنها پسر و بعضی دیگر دختر هستند . دراین صورت پسر دوبرابر دختر حصه میبرد .

حالت دوم و شقوق ثلاثه آن بموجب مادهٔ ۹۰۷ بطریق ذیل بیان شده است :

«اگر متوفی ابوین نداشته ویك یاچند نفر اولاد داشته باشد ترکـه بطریق ذیل»
«تقسیم میشود: »

«اگر فرزند منحصر بیکی باشد خواه پسر خواه دختر تمام ترکه باو میرسد.»
«اگر اولاد متعدد باشند ولی تمام پسر یادختر ترکه بین آنها بالسویه تقسیم میشود.»
«اگر اولاد متعدد باشند وبعضی از آنها پسر و بعضی دختر پسر دوبرابر دختر»
«میبرد . »

۹۳٤ ـ حالت سوم ــ بودن اولاد باهر دو ابوین میت یا فقط بایکی از آنهـا . در این حال نیز ممکن است سه شق تصور گردد :

۹۳۵ ــ شق اول ــ ابوین یایکی از ابوین میت موجود است با یك دختر . در این صورت مطابق مادهٔ ۹۰۸ که قبلا هم ضمن نمرهٔ ۹۱۷ مذکور شده است «فرض هریك از پدر ومادر سدس ترکه وفرض دختر نصف آن خواهد بود و مابقی باید بین تمام وراث به نسبت فرض آنها تقسیم شود مگر اینکه مادر حاجب داشته باشد که در اینصورت مادر از باقی چیزی نمیبرد .»

برای توضیح فروض مختلفهٔ کـه ممکن است پیش آید مثال چندی ذکر میکنیم :

مثال اول ــ ابوین میت موجود است با یك دختر و مـادر میت هم حاجب ندارد .

در اینصورت اگر فرض کنیم که ترکه میت عبارتست از ۳۰ واحد . فرض هریك از ابوین يك سدس ۳۰ يعنی ۵ واحد خواهد بود و فرض دختر نصف یا سه سدس ۳۰ یعنی ۱۵ واحد میباشد که جمعاً میشود ۵سدس ۳۰ یعنی ۲۵ واحد . و بقیه که عبارتست از ۵ واحد باید به نسبت يك و يك و سه که نسبت بین فرضهای وراث است تقسیم گردد پس ازمابقی يك واحد بهپدر ويك واحد بهمادر وسه واحد بدختر میرسد کـه نتیجتاً حصه مادر ٦ و

حصه پدر ۶ وحصه دختر ۱۸ واحد میگردد . پس اگر به تقسیم فوق درست دقت شود معلوم میگردد که حصه هریك ازپدر ومادر یك خمس وحصه دختر سه‌خمس ترکه است و بنابر این ممکن است که‌از اول تمام ترکه را تقسیم به ۵ کرده وبهر یك ازابوین یك‌سهم وبدختر هم سه سهم داده شود .

مثال دوم - ابوین میت موجود است بایك دختر ومادر میت هم حاجب دارد .

دراین صورت اگر فرض کنیم که ترکه میت عبارتست از ۲۴ واحد . فرض هریك از ابوین یك سدس ۲۴ یعنی ۴ واحد است که‌جمعاً میشود ۸واحد وفرض دختر نصف ۲۴ یعنی۱۲ واحد میباشد پس جمع تمام فرض‌ها عبارت خواهدبود از ۱۲ + ۸ یعنی ۲۰ واحد ومابقی که عبارتست از ٤ واحد باید فقط بین دختر وپــدر تقسیم شود چه‌با بودن حاجب برای مادر ، مادر ازمابقی حصه نمیبرد . وچون نسبت فرض پدر بادختر نسبت یك و سه میباشد بنابراین ازمابقی ترکه که٤ واحد است سه‌قسمت‌حصه دختر ویك قسمت حصه پدرخواهد بود ، وبالنتیجه ترکه بطریق ذیل تقسیم خواهد شد : حصه مادر ٤ حصه پدر ۵ وحصه دختر ۱۵ واحد که‌جمعاً ۲۴ واحد است .

مثال‌سوم - پدر میت موجود است بایك دختر .

دراین صورت اگر فرض کنیم که ترکه عبارتست از۱۲ واحد سدس آن یعنی۲ فرض پدر و نصف آن یعنی٦ واحد فرض دختر است که جمعاً میشود ۸واحد ، ومابقی که‌عبارت است از ٤ واحد باید بین پدر ودختر میت به نسبت فرض‌آنها تقسیم شود ، وچون نسبت بین فرض‌ها نسبت یك وسه میباشد بنابر این ازمابقی که٤ واحـد است یك سهم به پدر وسه سهم بدختر میرسد که بالنتیجه سهم پدر ۳ وسهم دختر ۹ واحد میشود ، همین تقسیم درموردی نیزرعایت میشود که‌مادر میت موجود باشد بایك دختر متوفی . پس درمورد این مثال نیز ممکن است که ازاول ترکه رابه چهار قسمت تقسیم نموده ویك قسمت ازآن‌به‌پدر یا مادر وسه قسمت به‌دختر داده شود .

۹۳۶ - شق‌دوم ابوین یایکی از ابوین میت موجود است باچند دختر .

دراین صورت مطابق ماده ۹۰۹ « فرض تمام دخترها دوثلث ترکه خواهد بود که بالسویه

بین آنها تقسیم میشود وفرض هریك ازپدر و مادر یك سدس و،مابقی اگر باشد بین تمام ورثه به‌نسبت فرض آنها تقسیم میشود ... »

برای توضیح صور مختلفهٔ هم‌که ممکن است دراین شق پیش آید مثال چندی‌ذکرمیکنیم :

مثال‌اول – پدر ومادر میت موجود است باچند دختر .

دراین صورت یك سدس فرض پدر ویك سدس فرض مادر که‌جمعاً میشود یك ثلث ودوثلث هم‌که مابقی ترکه است بین دخترها بالسویه تقسیم میگردد .

مثال‌دوم – پدرمیت موجود است باچند دختر .

دراینصورت یك سدس فرض پدر ودوثلث که‌چهار سدس است فرض‌دخترها بوده ومابقی که یك سدس است بین دخترها و پدر بنسبت فرض آنها تقسیم میشود . بنابر این اگرفرض کنیم که تمام ترکه عبارت باشد از ۳۰ واحد یکسدس آن یعنی ۵ واحد فرض پدر و چهار سدس آن یعنی ۲۰ واحد فرض دخترها که جمعاً ۲۵ واحد میشود ، و بقیه که عبارتست از ۵ واحدباید بنسبت ۱ و ۴ بین پدر ودخترها تقسیم گردد . پس از بقیه‌یك واحد بپدر وچهار واحد بتمام دخترها میرسدکه بالنتیجه حصه پدر ٦ واحد ، وحصه تمام دخترها ۲۴ واحد خواهد بود .

پس نظر بارقام فوق ممکن‌است‌که‌در اینصورت ترکه بدواً به پنج قسمت تقسیم‌شده یك قسمت آن بپدر داده شود و چهار قسمت دیگر بین دختر ها بالسویه تقسیم گردد.

مثال سوم – مادرمیت‌موجود است باچند دختر .

در اینصورت نیز تقسیم ترکه عیناً مثل تقسیم مذکور در مثال دوم خواهد بود.

وگرچه قسمت اخیر مادهٔ ۹۰۹ اضافه مینماید « که مابقی اگر باشد بین تمام ورثه بنسبت فرض آنها تقسیم میشود مگر اینکه مادر حاجب داشته باشد . در اینصورت مادر از باقی چیزی نمیبرد . » ولی اگر درست دقت گردد معلوم خواهد شد که جملهٔ « مگر اینکه مادر حاجب داشته باشد »الی آخر مادهٔ زیادی است . چه در صورت زیاد آمدن ترکه از مجموع فرض مادر و دختر ها تصور حاجب برای مادر غیر ممکن است بعلت اینکه شرط حجب مادر زندهٔ بودن پدر اخوهٔ ابی یا ابوینی میت یعنی زندهٔ بودن پدر خود میت است ، و بدیهی است که در صورت زندهٔ بودن پدر و مادر میت چیزی از ترکه باقی نمی ماند تامادر بتواند محجوب از آن گردد .

۹۳۷ – شق سوم – این شق عبارت از تمام فروض دیگراست که داخل درهیچیك از دو شق مذکور فوق نباشد. مثلامیت پدر و مادر ویایکی ازابوین را داشته باشد با یك یا چند پسر یا باچند اولاد اناث وذکور باهم؛ ودر تمام این صور پدر و مادر میت و یا هر کدام از ابوین که زنده است فرض خود راکه بموجب ماده ۸۹۲ معین و عبارت از سدس ترکه است برده بقیه بین اولاد میت بارعایت قاعده وللذکر مثل حظ الانثیین تقسیم میشود.

۹۳۸ – بطوریکه قبلا هم مذکور شد اگر چه اولاد او لاد میت از جمله وراث طبقه اولی محسوبند لیکن درطبقه مزبوره درجه اول را نداشته و بابودن او لاد بلا فصل میت اولاد اولاد او نمیتوانند ارث ببرند، چنانکه همین‌نکته بموجب مادهٔ ۹۱۰ نیزتصریح گشته وماده مزبوره مقرر میدارد که «هرگاه میت اولاد داشته باشد گرچه یکنفر اولاد اولاد او ارث نمیبرند.» ونیز بطوریکه قبلا مذکورشد در صورت نبودن او لاد بلا فصل اولاد اولاد میت بمنزله اولاد بلافصل محسوب وقائم مقام پدر یامادر خود میشوند چنانکه همین نکته را نیز که قبلا مادهٔ ۸۸۹ بیان‌کرده بود مادهٔ ۹۱۱ تکرار کرده ومقرر میدارد که «هرگاه میت اولاد بلاواسطه نداشته باشد اولاد اولاد او قائم مقام اولاد بوده و بدین طریق جزو وراث طبقه اول محسوب وباهریك ازابوین که زنده باشند ارث میبرند ....»

یکقسمت از عبارت این مادهٔ که میگوید اولاد اولاد میت «قائم مقام اولاد بوده و بدین‌طریق جزو وراث طبقه اول» محسوب میشوند تا اندازهٔ قابل انتقاد است چه‌اولاد اولاد میت جزو طبقه اول هستند ولازم نیست که آنها بسمت قائم مقامی پدر یا مادر خود جزو این طبقه محسوب شوند و بنابراین بهتر آن میشد که کفته شود اولاد اولاد میت «قائم مقام اولاد بوده و بدین‌طریق جزو وراث درجه اول از طبقه اولی محسوب وباهر یك از ابوین میت‌که زنده باشد ارث میبرند.»

در هرحال لازم‌است ببینیم که در صورت مفروض درمادهٔ ۹۱۱ تقسیم ارث‌چگونه بعمل میاید. مادهٔ مزبوره درقسمت دوم‌خود این ترتیب را بیان ومقرر داشته است که «تقسیم ارث بین اولاد اولاد برحسب نسل بعمل میاید یعنی هر نسل حصه کسی را میبرد که بتوسط او بمیت میرسد بنابراین اولاد پسر دوبرابر اولاد دختر میبرند.» پس اگر برای میت‌چندین نوادهٔ پسری وچندین نوادهٔ دختری موجود باشد با ابوین میت یا یکی از آنها تمام نواده‌های پسری که از نسل یك‌پسر هستند بمنزله خود آن پسر بوده و حصه پدر خود را

میبرند اگرچه تمام آن ها دختر باشند و همچنین تمام نواده های دختری میت که ازبطن یك دختر هستند بمنزله خود آن دختر بوده وحصه مادر خود را میبرند اگرچه تمام آن نواده ها پسر باشند .

پس اگر فرض کنیم که میت اولاد بلافصل نداشته ولی هم پدر و هم مادر دارد باچند نواده ازیك پسر وباچند نواده ازیك دختر در این صورت سدس ترکه فرض پدر وسدس دیگر فرض مادر بوده و از بقیه که عبارت ازدوثلث است دوسهم باید نواده های پسری ویك سهم نواده های دختری ببرند بنابراین اگر اصل ترکه عبارت باشد از ۱۸واحد یك سدس آن یعنی ۳ واحد بهپدر ویكسدس دیگر یعنی ۳واحد به مادر میت میرسد و از بقیه که ۱۲ واحد است ۸ واحد به نواده های پسری و ٤ واحد بـه نـواده های دختری متعلق میشود .

قائم مقامی اولاد اولاد نسبت به پدر یامادر خود باید درتمام صور ملحوظ گشته و تقسیم ترکه باعتبار تنزیل مزبور بعمل آید بنابراین اگر فرض کنیم که میت پدر و مادر دارد باچند نواده که ازبطن یك دختر هستند دراین صورت چو ن تمام نواده ها به منزله یك دختر میباشند لذا فرض تمام آنها فرض مادر خود که نصف ترکه است خواهد بود و فرض هریك از ابوین میت هم سدس ترکهمیباشد ومابقی بطوریکه ضمن نمره ۹۳۵ مذکور شد بین ابوین و تمام نواده ها که همه آنها حکـم یك دختر را دارنـد تقسیم می شود .

و نیز اگر فرض کنیم که میت پدر ومادر دارد بادو دسته ازنواده که یك دسته از بطن یك دختر و یك دسته از بطن دختر دیگر میتهستند در این صورت اولاد هر بطن بمنزله یك دختر حساب شـده و تقسیم ترکه مثل موقعی بعمل میاید کـه برای میت ابوین باشد با دو دختر .

و اما راجع بتقسیم حصهٔ که بهریك از انسال میرسد قسمت اخیر مادهٔ ۹۱۱مقرر میدارد که « درتقسیم بین افراد یك نسل پسر دوبرابر دختر میبرد .» پس نوادهٔ هایاز یك نسل باید حصه پدر یامادر خودرا که به همه آنها رسیده است بین خود با رعایتقاعده وللذکر مثل حظالانثیین تقسیم نمایند .

۹۳۹ ــ حق قائم مقامی که باولاد اولاد میت دادهٔ شدهٔ است منحصر باولاد اولاد

بلافصل نبوده بلکه اولاد اولاد تاهردرجه که پائین بروند میتوانند درصورت نبودن پدر یا مادر ویاجد یاجده خود یعنی نبودن کسیکه بتوسط او بمیت متصل میشوند قائم مقام آنان شده و ازمیت ارث ببرند منتهای مراتب درمیان اولاد اولاد نیز ضابطه حجب حرمانی که رعایت اقربیت بمیت است ملحوظ بوده و اقرب بمیت ابعد را ازارث محروم میکند، چنان که همین رویه بموجب ماده ۹۱۲ تعقیب وماده مزبوره مقرر میدارد که « اولا د اولاد تا هر درجه که پائین بروند بطریق مذکور فوق » یعنی بطریق مذکور در ماده ۹۱۱ « ارث میبرند با رعایت اینکه اقرب بمیت ابعدرا محروم میکند . » بنابراین اگر برای میت اولاد بلا فصل نبوده ولی هم نواده و هم نتیجه باشد نواده های میت نتیجه ها را از ارث محروم مینمایند، و همچنین اگر برای میت نتیجه و نبیره باشدنتیجه ها به سمت قائم‌مقامی کسی که بمیت میرسند ارث برده ونبیره‌ها از ارث محروم خواهند بود وقس علیهذا تا هر اندازه که اولاد اولاد پائین بروند .

۹۴۰ ــ بطوریکه در مقدمه باب راجع بارث مذکور شد زوج یازوجه داخل‌طبقه از طبقات وراث نبوده و با وارثین از هرطبقه فرض خودرا از ترکه میت میبرد، چنانکه همین مطلب را ماده ۹۱۳ در مورد شرکت زوج یازوجه باورات طبقه اول بیان کرده و مقرر میدارد که « درتمام صور مذکوره در این مبحث » یعنی مبحث راجع بسهم‌الارث طبقه اولی « هریك اززوجین که زنده باشد فرض خود را میبرد و این فرض عبارتست ازنصف ترکه برای زوج وربع‌آن برای زوجه درصورتیکه میت‌اولاد یا اولاد اولاد نداشته باشد واز ربع‌ترکه برای زوج وثمن‌آن برای زوجه درصورتیکه میت اولاد یا اولاد اولاد داشته باشد ومابقی ترکه برطبق مقررات مواد قبل مابین سایر وراث تقسیم میگردد .»

۹۴۱ ـ در اثر اجرای مواد فوق ممکن است دو وضعیت مختلف پیش آید یکی اینکه ترکه میت کفایت فرض تمام صاحبان فرض را ننماید بعبارة اخری مجموع فرضهابیش از یك واحد باشد ، دیگر اینکه ترکه میت‌بیشتر ازفرض صاحبان فرض باشد یعنی‌مجموع فرضها کمتر از یك واحد باشد . وحال باید دید که اگر مجموع سهام بیشتر ازیك واحد باشد نقص را که باید متحمل شود و اگربرعکس کمتر ازیك واحد شد مازاد بچه‌اشخاصی باید داده شود .

حکم موارد فوق را ماده ۹۱۴ بطریق ذیل بیان مینماید :« اگر بواسطه بودن.

چندین نفر صاحبان فرض ترکه میت کفایت نصیب تمام آنها را نکند نقص بر بنت و بنتین وارد میشود و اگر پس از موضوع کردن نصیب صاحبان فرض زیادتی باشد ووارثی نباشد که زیاده را بعنوان قرابت ببرد این زیاده بین صاحبان فرض برطبق مقررات مواد فوق تقسیم میشود لیکن زوج وزوجه مطلقا و مادر اگر حاجب داشته باشد از زیاده چیزی نمی برد . »

نظر بماده فوق اگر فرض کنیم که ترکه میت ۱۲ واحد بوده و وراث او عبارت باشند از شوهر ومادر ودودختر . دراین صورت ربع ترکه فرض شوهر وسدس آن فرض مادر ودوثلث آن فرض دو دختر است وچون مجموع این فرض ها عبارتست از $\frac{۱۳}{۱۲}$ و بعبارة اخری بمقدار $\frac{۱}{۱۲}$ از یك واحد بزرگتر است لذا مطابق قسمت اول ماده ۹۱٤ نقص باید بدو دختر وارد شود و در این صورت تقسیم ترکه بطریق ذیل میشود :

سهم شوهر ربع ترکه یعنی	۳ واحد
سهم مادر سدس ترکه یعنی	۲ واحد
سهم دختر ها بقیه ترکه یعنی	۷ واحد
مجموع سهام	۱۲ واحد

و حال آنکه اگر بنا بود که دختر ها فرض قانونی خود را ببرند بایستی دو ثلث ۱۲ یعنی ۸ واحد برده باشند و حال آنکه در اثر نقص یك واحد از حصه آن ها کم میشود .

برعکس اگر مجموع فرض ها ازیك واحد کمتر باشد دراین صورت مطابق قسمت دوم ماده ۹۱٤ یا کسی هست که زیاده را بتواند بعنوان قرابت ببرد ویا نیست . درصورت اول مثل اینکه وراث میت عبارت باشد ازپدر ومادر وشوهر ویك پسر در این صورت فرض هریك از ابوین سدس و فرض شوهر ربع ترکه است که جمعاً میشود $\frac{۷}{۱۲}$ ومابقی متعلق بپسر است که فقط بعنوان قرابت ارث میبرد . ودر صورت دوم یعنی در صورتیکه کسی نباشد که زیاده را بتواند بعنوان قرابت ببرد مازاد از فرض ها بین خود صاحبان فرض مطابق مقرراتی که در این مبحث مذکور گردیده تقسیم میشود باقید اینکه زوج وزوجه مطلقاً ومادر اگر حاجب داشته باشد نمیتوانند از مازاد حصه ببرند مثلا اگر فرض کنیم که دارائی میت

۹۶ واحد بوده وورات او عبارتند ازپدر ومادر محجوبه وزوجه ویك دختر . دراینصورت فرض هریك ازابوین سدس یعنی ۱۶ واحد که جمعاً میشود ۳۲ واحد وفرض زوجه ثمن یعنی۱۲ واحد وفرض دختر نصف ترکه یعنی ٤۸ واحد خواهد بود و مجموع فرضها عبارتست از ۳۲ + ۱۲ + ٤۸ یعنی ۹۲ واحد وچون ازمابقی‌که ٤ واحد است نه‌مادر میتواند حصه ببرد ونه زوجه بنابر این مقدار مزبور هم بین دختر وپدر تقسیم شده یك واحد متعلق به‌پدر وسه‌واحد متعلق بدختر میگردد که نتیجتاً تقسیم ترکه بطریق‌ذیل‌میباشد:

سهم پدر	۱۷
سهم مادر	۱۶
سهم زوجه	۱۲
سهم دختر	٥۱
مجموع سهام	۹۶

۹٤۲ - بالاخره برای ختم مطالب راجعه بسهم الارث طبقه اولی باید این نکته نیز قید شود که مطابق ماده ۹۱۵ « انگشتری که میت معمولا استعمال میکرده وهمچنین قرآن ورختهای شخصی وشمشیر اوبه پسر بزرك اومیرسد بدون اینکه ازحصه او از این حیث چیزی کسر شود مشروط براین که ترکه میت منحصر باین اموال نباشد . »
مجموع اموالی راکه برطبق این ماده باید بهپسر بزرك میت برسد حبوه میگویند وهرگاه برای میت انگشتر ویا قرآن ویا شمشیرهای متعدد باشد باید انگشتر ویا شمشیری که معمولا استعمال میکرده ویا قرآنی که معمولا قرائت مینموده است بعنوان حبوه به پسر بزرك برسد لیکن در صورت تعدد رختهای شخصی تمام آنها متعلق بهپسر بزرك خواهد بود واین ترتیب ازعبارت خود ماده ۹۱۵ مستنبط است . چه‌در ماده مزبورد نه فقط نسبت بانگشتر تصریح شده است که باید انگشتری باشد که میت معمولا استعمال میکرده بلکه از استعمال لغت شمشیر وقرآن به مفرد ولغت رخت بجمع نیز معلوم است که مقصود رسیدن تمام رخت ها بوده درصورت تعدد ولی نه‌تمام شمشیرها وقرآن .

مبحث دوم
در سهم‌الارث طبقه دوم

۹۴۳ طبقه دوم وراث عبارتند از اجداد واخوه واولاد اخوه. وبا وجود اینکه قبلا بموجب ماده ۸۶۳ تصریح شده است که « وارثین طبقه بعدوقتی ارث میبرند که‌از وارثین طبقه قبل کسی نباشد .» معذالك ماده ۹۱۶ همین مطلب را بطریق دیگر تکرار کرده و مقرر میدارد که « هرگاه برای میت وارث طبقه اولی نباشد ترکه او بوراث طبقه ثانیه می رسد .»

۹۴۴ – نسبت بوراث طبقه ثانیه نیزممکن است چندین حالت فرض شود :

اول – منحصر بودن وارث طبقه دوم بیك نفر .

دوم – اجتماع اخوه باهم .

سوم – اجتماع اجداد باهم .

چهارم – اجتماع اجداد و کلاله باهم .

۹۴۵ – حالت اول – انحصار وارث بیکنفر . – در اینصورت بدیهی است که تمام ترکه متعلق بوارث‌منحصر بفرد خواهد بود چنانکه همین مطلب راقسمت اول ماده ۹۱۷ تصریح کرده ومقرر میدارد که « هریك از وراث طبقه دوم اگر تنها باشد تمام ارث رامیبرد .» وقسمت اخیر ماده بسه حالت دیگر اشاره کرده واضافه مینماید که اگر وراث طبقه دوم « متعدد باشند ترکه بین آنها برطبق مواد ذیل تقسیم میشود .»

۹۴۶ – حالت دوم – اجتماع اخوه باهم . – دراین فرض‌باید قبلا قاعده ذیل‌که بموجب ماده ۹۱۸ مقرر است بیان شود وآن‌اینست که « اگرمیت اخوه ابوینی داشته‌باشد اخوه ابی ارث نمیبرد .» پس اگر میت یك برادر ابی و یك‌برادرابوینی داشته باشد برادر ابی از ارث او محروم است واین دراثر همان‌حجب حرمانی است که قبلا مذکور گردیده . ولی اگر برای میت اخوه ابوینی نباشد در اینصورت مطابق قسمت دوم ماده مزبوره اخوه‌ابی حصه ارث آنها را میبرند . و بالاخره قسمت اخیر ماده ۹۱۸ مقرر میدارد که « اخوه ابوینی و اخوه ابی هیچکدام اخوه امی را از ارث محروم نمیکنند .»

۹۴۷ – قاعده دومی که باید در صورت‌اجتماع اخوه همیشه ملحوظ شود عبارتست

از اینکه در روابط بین اخوه امی باهم قاعده و للذکر مثل‌حظ‌الانثیین ملحوظ نبوده ودر تقسیم حصهٔ که باخوه امی میرسددر بین خود آنها ، حصه پسر مساوی با حصه‌دختراست.

حال باید شقوق‌مختلفهٔ راکه ممکن‌است در اجتماع اخوه باهم پیش آیدملاحظه‌کنیم .

شقوق مزبوره عبارت است از چهار شق :

اول ـ همه اخوه یا ابوینی هستند یا ابی تنها و همه آنها یا از جنس ذکورند ویا ازجنس اناث

دوم ـ همه اخوه یاابوینی هستند یا ابی تنها ولی بعض از آنها اناث وبعض‌دیگر ذکور هستند

سوم ـ همه اخوه امی‌هستند اعم‌از ذکور یااناث‌ویا ذکور واناث باهم

چهارم ـ بعض از اخوه ابوینی یا ابی تنها هستند و بعض دیگر امی

۹۴۸ ـ شق اول ـ همه اخوه یا ابوینی هستند و یا ابی تنها و همه آنها یا از جنس ذکورند ویا ازجنس اناث . ـ دراینصورت مطابق ماده ۹۱۹ ترکه بین‌آنها بالسویه تقسیم میشود چه ماده مزبوره مقرر میدارد که « اگروراث میت چند برادر ابوینی یاچند برادر ابی یا چند خواهر ابوینی یا چند خواهر ابی باشند ترکه بین آن ها بالسویه تقسیم می شود . »

۹۴۹ ـ شق دوم ـ همه اخوه یا ابوینی هستند و یا ابی تنها ولی بعضی از آنها اناث وبعضی دیگر ذکور میباشند . ـ در این صورت مطابق ماده ۹۲۰ تقسیم ترکه با رعایت قاعده و للذکر مثل حظ الانثیین خواهد بود چه ماده مزبوره مقرر میدارد که « اگر وارث میت چند برادر و خواهر ابوینی یا چند برادر و خواهر ابی باشند حصه ذکور دو برابر اناث خواهد بود.»

۹۵۰ ـ شق سوم ـ همه اخوه امی هستند اعم از اینکه همه ذکور باشند یا اناث و یا ذکور و اناث با هم . ـ در این صورت مطابق قاعدهٔ که فوقاً ذکر گردید (نمره ۹۴۷) تقسیم ترکه بین آنها بالسویه خواهد بود چنانکه ماده ۹۲۱ نیز همین‌مطلب را بطریق ذیل تصریح مینماید : « اگر وراث چند برادر امی یا چند خواهر امی یاچند برادر و خواهر امی باشند ترکه بین آنها بالسویه تقسیم میشود . »

۹۵۱ ـ شق چهارم ـ بعضی از اخوه ابوینی یا ابی تنها هستند و بعض دیگر

امی. ـ در این صورت که اخوهٔ ابوینی با امی مجتمع میشوند ممکن است که طرف امی منحصر بفرد باشد یا متعدد.

(الف) ـ انحصار برادر یا خواهر امی بیکی. در این صورت مطابق قسمت دوم مادهٔ ۹۲۲ سدس ترکه ببرادر یا خواهر امی میرسد و بقیه مال اخوهٔ ابوینی است که بین خود بطریق مذکور در فوق تقسیم مینمایند. پس اگر فرض کنیم که میت یک برادر یا یک خواهر امی دارد با یک برادر و یک خواهر ابوینی و دارائی او عبارتست از ۱۸ واحد در این فرض سدس ترکه یعنی سه واحد ببرادر یا خواهر امی میرسد و پنج سدس دیگر که عبارتست از ۱۵ واحد بین برادر و خواهر ابوینی و با رعایت قاعدهٔ وللذکر مثل حظ الانثیین تقسیم میگردد و بالنتیجه تقسیم ترکه بطریق ذیل خواهد بود:

سهم برادر یا خواهر امی	۳
سهم برادر ابوینی	۱۰
سهم خواهر ابوینی	۵
مجموع سهام	۱۸

(ب) تعدد اخوهٔ امی ـ در صورت تعدد اخوهٔ امی مطابق قسمت اخیر مادهٔ ۹۲۲. ثلث ترکه بکلاله امی «تعلق گرفته و بین خود بالسویه تقسیم میکنند و بقیه مال اخوهٔ ابوینی یا ابی است که مطابق مقررات مذکور در فوق تقسیم مینمایند.» پس اگر فرض کنیم که دارائی میت عبارت باشد از ۱۸ واحد و وراث او از یک برادر و یک خواهر امی با یک برادر و یک خواهر ابوینی، در این صورت ثلث ترکه که عبارت از ۶ واحد باشد باخوهٔ امی رسیده و بین آنها بالسویه تقسیم میشود و دو ثلث دیگر باخوهٔ ابوینی رسیده و بین آنها بقاعدهٔ ذکور دو برابر اناث تقسیم میگردد و بالنتیجه تقسیم ترکه از قرار ذیل خواهد بود:

سهم خواهر امی	۳
سهم برادر امی	۳
سهم خواهر ابوینی	٤
سهم برادر ابوینی	۸
مجموع سهام	۱۸

۹۵۲ - حالت سوم - اجتماع اجداد با هم - در صورت اجتماع اجداد نیز ممکن است شقوق مختلفه پیش آید . شقوق مزبور بموجب مادهٔ ۹۲۳ پیش بینی شده و مادهٔ مزبوره مقرر میدارد که « هر گاه ورثه اجداد یا جدات باشد ترکه بطریق ذیل تقسیم میشود : »
« اگر جد یا جدهٔ تنها باشد اعم از ابی یا امی تمام ترکه باو تعلق میگیرد . »
« اگر اجداد و جدات متعدد باشند در صورتی که همه ابی باشند ذکور دو برابر »
« اناث میبرد و اگر همه امی باشند بین آنها بالسویه تقسیم میگردد . »
« اگر جد یا جدهٔ ابی وجد یاجدهٔ امی با هم باشند ثلث ترکه به جد یا جدهٔ امی »
« می رسد و در صورت تعدد اجداد امی آن ثلث بین آنها بالسویه تقسیم میشود و دو »
« ثلث دیگر بجد یا جدهٔ ابی میرسد و در صورت تعدد حصه ذکور از آن دو ثلث دو برابر حصه اناث »
« خواهد بود . »

از مادهٔ مزبوره معلوم میشود که اولا هر کدام از اجداد و یا جدات که وارث منحصر بفرد باشد تمام ترکه باو میرسد اعم از اینکه جد و یا جدهٔ ابی باشد و یا جد و یا جدهٔ امی و این ترتیب همان حکمی است که مادهٔ ۹۱۷ قبلا مقرر داشته و ما هم در موقع خود ذکر نمودیم و دیگر برای تکرار آن در مادهٔ ۹۲۳ موردی باقی نمیباشد . ثانیاً در صورت اجتماع اجداد نیز تقسیم حصهٔ که بطرف امی میرسد بین افراد آن طرف بدون رعایت قاعدهٔ و للذکر مثل حظ الانثیین خواهد بود چنانکه همین حکم در مورد اجتماع کلاله باهم مذکور گردید .

حال باید شقوق مختلفهٔ را که بموجب مادهٔ ۹۲۳ پیش بینی شده است باستثنای شق اول که عبارتست از انحصار وارث بیك نفر ملاحظه کنیم و شقوق مزبوره از قرار ذیل است :

اول - اجتماع جد وجدهٔ ابی باهم - دوم اجتماع جد و جدهٔ امی باهم - سوم اجتماع اجداد ابی با اجداد امی باهم .

شق اول - اجتماع جد وجدهٔ ابی باهم - دراین صورت مطابق قسمت سوم مادهٔ ۹۲۳ ترکه بین جد وجده با رعایت قاعدهٔ وللذکر مثل حظ الانثیین تقسیم میشود .

شق دوم - اجتماع جد وجده امی باهم - در اینصورت نیز مطابق همان قسمت از مادهٔ مزبوره ترکه بین جد و جدهٔ امی بالسویه تقسیم میشود .

شق سوم - اجتماع اجداد ابی با اجداد امی باهم - در این مورد مطابق قسمت اخیر

مادهٔ ۹۲۳ ثلث ترکه به طرف امی و دوثلث دیگر به طرف ابی داده میشود و هرگاه طرف امی متعدد باشد ثلث مزبور بین آنها بالسویه تقسیم میگردد و هرگاه طرف ابی متعدد باشد دو ثلث ترکه بین آنها بارعایت قاعدهٔ ذکور دو برابر اناث تقسیم خواهد شد . پس اگر فرض کنیم که هر چهار جد و جدهٔ میت زنده بوده و ترکه عبارت باشد از ۱۸ واحد یك ثلث آن که ۶ واحد است بطرف امی و دوثلث دیگر که ۱۲ واحد است بطرف ابی دادهمیشود و چون تقسیم بین جد وجدهٔامی بالسویه ودرتقسیم بین جدوجدهٔ ابی ذکور دو برابر اناث میبرد لذا تقسیم قطعی بطریق ذیل خواهد بود :

حصه جد امی	۳
حصه جدهٔ امی	۳
حصه جد ابی	۸
حصه جدهٔابی	۴
جمع سهام	۱۸

۹۵۳ – در مورد اجتماع اجداد وجدات باهم باید این نکته نیز قید شود که چون اجداد و جدات از هر درجه که باشند جزو وراث طبقه دوم محسوب میشوند و منتهای مراتب اقرب آنها بمیت ابعد را از ارث محروم مینماید ، لذا اگر وراث میت منحصر باشد باجداد و جدات اعلی ، در این صورت اجداد و جدات مزبور بسمت قائم مقامی اجداد و جدات ادنی جزو درجه اول از طبقه دوم محسوب و سهم الارث خود را میبرند ، بنا بر این اگر فرض کنیم که وراث میت عبارت باشد از پدر ومادر جد پدری میت ، و از پدر و مادر جدهٔ پدری او ، و از پدر ومادر جد مادری و از پدر و مادر جدهٔ مادری میت ، بعبارت اخری اگر فرض کنیم که هر هشت جد وجدهٔ اعلای میت زنده هستند ، در این صورت باید ببینیم که تقسیم ترکه بین آنها بچه طریق خواهد بود .

مطابق مادهٔ ۹۲۳ ثلث ترکه باید بطرف امی رسیده و بین آنها بالسویه تقسیم گردد ، و چون عدهٔ اجداد و جدات امی چهار نفر است پس این تقسیم بین آنها ارباعاً بعمل میاید ، لذا حصه هریك از آنها یك ربع از یك ثلث ترکه یعنی $\frac{1}{12}$ از تمام ترکه خواهد بود . و نیز مطابق همان مادهٔ دوثلث دیگر از تمام ترکه باید بطرف ابی برسد . ولی چون درطرف ابی نیز دونفر جد و جدهٔ پدر میت هستند و دو نفر جد وجدهٔ مادر میت ، یعنی دونفر هستند که نسبت به

پدر میت اجداد ابی ، ودونفر دیگر نسبت باو اجداد امی محسوب میشوند ، لذا از دو ثلث تمام ترکه که بطرف ابی میت میرسد ، باید یك ثلث یعنی $\frac{۲}{۹}$ ازتمام ترکه بطرف امی پدر میت . ودوثلث ازدوثلث یعنی $\frac{٤}{۹}$ باید بطرف ابی او برسد .

ولی در تقسیم حصهٔ که بهر دو نفر از این چهار نفر میرسد باید قاعدهٔ وللذکر مثل حظ الانثیین رعایت گردد ، زیرا که هرچهار نفر آنها نسبت بمیت ابی هستند . پس $\frac{۲}{۹}$ از تمام ترکه که بطرف امی پدر میت رسیده است ، باید بین جد و جده امی پدر میت اثلاثاً تقسیم شده یك ثلث ازآن که $\frac{۲}{۲۷}$ تمام ترکه میشود بجدهٔ امی‌پدر میت ، ودو ثلث از آن که $\frac{٤}{۲۷}$ تمام ترکه باشد ، به جد امی پدر میت برسد ، وهمچنین دوثلث از دوثلث یعنی $\frac{٤}{۹}$ از تمام ترکه که به جد وجدهٔ ابی پدر میت رسیده است باید بین‌آنها اثلاثاً تقسیم شده یك ثلث از آن کــه عبارت از $\frac{٤}{۲۷}$ باشد به جدهٔ ابی پدر میت و دو ثلث دیگر که عبارت از $\frac{۸}{۲۷}$ باشد به جد ابی پدر میت برسد . پس تقسیم ترکه از قرار ذیل خواهد بود :

۱ ـ حصه پدر پدر پدر میت $\frac{۸}{۲۷}$ ازتمام‌ترکه
۲ ـ حصه مادر پدرپدر میت $\frac{٤}{۲۷}$ « « «
۳ ـ حصه پدر مادرپدر میت $\frac{٤}{۲۷}$ « « «
٤ ـ حصه مادرمادر پدر میت $\frac{۲}{۲۷}$ « « «
۵ ـ حصه پدرپدر مادر میت $\frac{۱}{۱۲}$ « « «
٦ ـ حصه مادر پدر مادرمیت $\frac{۱}{۱۲}$ « « «
۷ ـ حصه پدر مادرمادر میت $\frac{۱}{۱۲}$ « « «

۸ ـ حصه مادر مادرمادر میت $\frac{۱}{۱۲}$ از تمام ترکه

برای جمع کسور فوق باید مخرج مشترك آنها را بدست آورد و مخرج مزبور بطریق ذیل پیدا میشود :

۳

۲۷ = ۳

۱۲ = ۳ × ۴

پس مخرج مشترك عبارتست از ۳ × ۴ یعنی ۲۷ × ۴ که مساویست به ۱۰۸

۳

نظر بمراتب فوق اگر فرض کنیم که ترکه میت عبارت از ۱۰۸ واحد باشد تقسیم آن در میانهٔ اجداد ثمانیه بطریق ذیل خواهد بود :

یك ثلث از ۱۰۸ یعنی ۳۶ واحد بطرف امی رسیده و بین آنها بالسویه تقسیم می شود بنابر این حصه هر یك از چهار جد و جدهٔ امی میت یك ربع ۳۶ یعنی ۹ واحد خواهد بود .

دو ثلث دیگر از ۱۰۸ که عبارت از ۷۲ باشد بطرف ابی رسیده ثلث آن یعنی ۲۴ واحد به جد وجدهٔ امی پدر میت میرسد که بین خود با رعایت ذکور دو برابر اناث قسمت میکنند . پس حصه جده ۸ و حصه جد ۱۶ واحد خواهد بود ، و دو ثلث از دوثلث یعنی دو ثلث از ۷۲ که عبارت از ۴۸ واحد است به جد و جدهٔ ابی پدر میت میرسد که آنها نیز بین خود با رعایت قاعدهٔ وللذکر مثل حظ الانثیین قسمت میکنند بنابراین حصه جده ابی پدر میت ۱۶ و حصه جد ابی پدر میت ۳۲ واحد میشود

پس مجموع سهام عبارتست از ۹ + ۹ + ۹ + ۹ + ۸ + ۱۶ + ۱۶ + ۳۲ = ۱۰۸

جدول ظهر سهم مشاع هر یك ازاجداد ثمانیه را از کل ترکه معین مینماید :

*

میت
پدر ٢/٣
مادر ١/٣

پدر
پدر
مادر
پدر
مادر
مادر

٢/٣ × ٢/٣ = ٤/٩
٢/٣ × ٤/٩ = ٨/٢٧
١/٣ × ٤/٩ = ٤/٢٧

٢/٣ × ١/٣ = ٢/٩
٢/٣ × ٢/٩ = ٤/٢٧
١/٣ × ٢/٩ = ٢/٢٧

پدر
پدر
مادر
پدر
مادر
مادر

١/٣ : ٤ ١/١٢
١/٣ : ٤ ١/١٢
١/٣ : ٤ ١/١٢
١/٣ : ٤ ١/١٢

۹۵٤ ـ حالت چهارم ـ اجتماع اجداد واخوه باهم ـ درصورت اجتماع اجداد و اخوه میت با هم مادهٔ ۹۲٤ مقرر میداردکه « دوثلث ترکه بوراثی میرسد که ازطرف پدر قرابت دارند و در تقسیم آن حصه ذکور دو برابر اناث خـواهد بود و یك ثلث به وراثی میرسد که ازطرف مادر قرابت دارند و بین خود بالسویه تقسیم مینمایند . لیکن اگـر خویش مادر فقط یك برادر یا یك خواهر امی باشد فقط سدس ترکه باو تعلق خواهد گرفت . »

برای تشریح مادهٔ مزبوره مثالی چند ذکر میکنیم :

مثال اول ـ وراث میت عبارتند از جد وجده ابی ـ وجد وجدهٔ امی بایك برادر و یك خواهر ابوینی ویك برادر و یك خواهر امی . ـ در این صورت اگر فرض کنیم که ترکه میت ۳٦ واحد است سهم طرف ابی $\frac{۲}{۳}$ از ۳٦ یعنی ۲٤ واحد وسهم طرف امی $\frac{۱}{۳}$ از۳٦ یعنی ۱۲ واحد میشود

و تقسیم آن دو ثلث بین اقوام ابی و آن یك ثلث بین اقوام امی بطریق ذیل خواهد بود :

سهم جد پدری	۸
سهم جدهٔ پدری	٤
سهم برادر ابوینی	۸
سهم خواهر ابوینی	٤
	۲٤
سهم جد مادری	۳
سهم جدهٔ مادری	۳
سهم برادر امی	۳
سهم خواهر امی	۳
	۱۲
مجموع سهام	۳٦

مثال دوم ـ وراث میت عبارتند از جد پدری و یك خواهر ابوینی و یك برادر

امی. ـ دراین صورت اگر فرض کنیم که ترکه عبارتست از ۱۸ واحد چون طرف مادری فقط یك برادرامی است لذا سدس ترکه یعنی ۳ واحد باید باو برسد وپنج سدس دیگر یعنی ۱۵ واحد بین جد پدری وخواهر ابوینی میت مطابق قاعده وللذکرمثل حظ الانثیین تقسیم شود . پس تقسیم قطعی بطریق ذیل خواهد بود :

سهم برادر امی	۳
سهم جد پدری	۱۰
سهم خواهر ابوینی	۵
مجموع سهام	۱۸

۹۵۵ ـ همانطوریکه در صورت نبودن اولاد بلافصل میت ، اولاد اولاد او بسمت قائم مقامی پدر یا مادر خود بمنزله اولاد بلا فصل محسوب ، و باابوین میت ارث میبرند ، همانطور نیز در صورتیکه برای میت اخوه نباشد اولاد اخوه بسمت قائم مقامی پدر خود ، اگر برادر زاده های میت باشند ، و بسمت قائم مقامی مادر خود ، اگر خواهر زاده های او باشند ، بمنزله اخوه محسوب و بااجداد میت ارث میبرند . و نیز همانطور که نسبت باولاد اولاد مذکور گردید ، که هر دسته از آنها حصه کسی را میبرند که بتوسط او بمیت متصل میکردند، هر دسته از اولاد اخوه هم حصه کسی را میبرند که بواسطه او بمیت میرسند. بنا براین اولاد اخوه ابوینی یا ابی حصه اخوه ابوینی یا ابی را برده و اولاد اخوه امی حصه اخوه امی را میبرند .

ترتیب مذکور فوق بموجب ماده ۹۲۵ بطریق ذیل بیان شده است :

« در تمام صور مذکور در مواد فوق» یعنی مواد راجعه بسهم الارث طبقه دوم « اگر برای»
« میت نه برادر باشد و نه خواهر اولاداخوه قائم مقام آنها شده و بااجداد میت ارث میبرند»
« در این صورت تقسیم ارث نسبت باولاد اخوه بر حسب نسل بعمل میاید یعنی هرنسل »
« حصه کسی را میبرد که بواسطه او بمیت میرسد . بنابراین اولاد اخوه ابوینی یا ابی حصه اخوه»
«ابوینی یاابی تنها و اولاد کلاله امی حصه کلاله امی را میبرند،»

« در تقسیم بین افراد یك نسل اگر اولاد اخوه ابوینی یاابی تنها باشند ذکور دو»
« برابر اناث میبرد و اگر کلاله امی باشند بالسویه تقسیم میکنند . »

اگر چه بامراجعه بقواعد مربوطه بسهم الارث طبقه دوم برای تقسیم ترکه در صورت مفروض ماده

۹۲۵ اشکالی ، نمیباشد معذالك برای تشریح مطلب مثالی چند ذکر میکنیم:

مثال اول - وراث میت عبارتند از جد و جدهٔ ابی ، جد و جدهٔ امی ، دو برادر زادهٔ ابوینی از یك پدر ولی یکی از آنها پسر و دیگری دختر ، دو خواهر زادهٔ ابوینی از یك مادر ولی یکی پسر و دیگری دختر ، دو برادر زاده امی از یك پدر ولی یکی پسر ودیگری دختر ودو خواهر زادهٔ امی از یك مادر ولی یکی پسر و دیگری دختر .

چون در صورت مفروض اولاد اخوه بسمت قائم مقامی پدر یا مادر خود ارث میبرند پس باید اول فرض کرد که ورثه عبارتست از جد و جده ابی و جد و جدهٔ امی - یك برادر و یك خواهر ابوینی و یك برادر و یك خواهر امی . و در اینصورت تقسیم ترکه بطوری خواهد بود که فوقاً ضمن نمرهٔ ۹۵۴ بیان گردید .

پس $\frac{۱}{۳}$ ترکه بطرف امی رسیده و بین آنها بالسویه تقسیم میشود و چون فرض اولی اینست که طرف امی فقط چهار نفرند حصه بدوی هر یك $\frac{۱}{۴}$ از $\frac{۱}{۳}$ یعنی $\frac{۱}{۱۲}$ تمام ترکه خواهد بود و دو ثلث دیگر باید بین خویشان ابی با رعایت قاعده وللذکر مثل حظ الانثیین تقسیم شود و چون در طرف ابی بدواً دو ذکور و دو اناث فرض شده است بنابر این باید حصه طرف مزبور یعنی $\frac{۲}{۳}$ تمام ترکه بشش قسمت تقسیم شده بهر یك از مردها ۲ و بهریك از زنها ۱ قسمت از آن برسد پس حصه بدوی هر یك از جد پدری و برادر ابوینی $\frac{۲}{۶}$ از $\frac{۲}{۳}$ یعنی $\frac{۴}{۱۸}$ و حصه بدوی هر یك از جدهٔ پدری وخواهر ابوینی $\frac{۱}{۶}$ از $\frac{۲}{۳}$ یعنی $\frac{۲}{۱۸}$ خواهد بود .

نظر بمراتب فوق تقسیم اولی سهام بطریق ذیل میشود :

جد مادری	$\frac{۱}{۱۲}$ از تمام ترکه
جدهٔ مادری	$\frac{۱}{۱۲}$ « « «
دو برادر زادهٔ امی که یك برادر محسوب شدهاند	$\frac{۱}{۱۲}$ « « «
دو خواهر زادهٔ امی که یك خواهر محسوب شدهاند	$\frac{۱}{۱۲}$ « « «

جد پدری $\frac{۴}{۱۸}$ از تمام ترکه

جده پدری $\frac{۲}{۱۸}$ « « «

دو برادرزاده ابوینی که یك برادر محسوب شده اند $\frac{۴}{۱۸}$ « « «

دوخواهرزاده ابوینی که یك خواهر محسوب شده اند $\frac{۲}{۱۸}$ « « «

ولی نظر باینکه در تقسیم بین افراد یك نسل اگر امی باشند تقسیم بالسویه و اگر ابی باشند حصه ذکور دو برابر اناث خواهد بود ، لذا حصه هریك از دو برادر زاده و دو خواهر زاده های امی نصف $\frac{۱}{۱۲}$ یعنی $\frac{۱}{۲۴}$ تمام ترکه میشود . وحصه ذکور از برادرزادههای ابوینی $\frac{۲}{۳}$ از $\frac{۴}{۱۸}$ یعنی $\frac{۸}{۵۴}$ وحصه اناث از برادر زادههای مذکور $\frac{۱}{۳}$ از $\frac{۴}{۱۸}$ یعنی $\frac{۴}{۵۴}$ میشود وبالاخره حصه ذکور ازخواهرزادههای ابوینی $\frac{۲}{۳}$ از $\frac{۲}{۱۸}$ یعنی $\frac{۴}{۵۴}$ وحصه اناث از آنها $\frac{۱}{۳}$ از $\frac{۲}{۱۸}$ یعنی $\frac{۲}{۵۴}$ خواهدبود .

پس نتیجه تقسیم دوم که تقسیم قطعی است بطریق ذیل میباشد :

جد مادری $\frac{۱}{۱۲}$

جده مادری $\frac{۱}{۱۲}$

پسر برادر امی $\frac{۱}{۲۴}$

دختر برادر امی $\frac{۱}{۲۴}$

پسر خواهر امی $\frac{۱}{۲۴}$

دخترخواهر امی $\frac{۱}{۲۴}$

جد پدری $\frac{۴}{۱۸}$

جده پدری $\frac{۲}{۱۸}$

پسر برادر ابوینی $\frac{۸}{۵۴}$

دختر برادرابوینی $\frac{۴}{۵۴}$

پسرخواهرابوینی $\frac{۴}{۵۴}$

دختر خواهرابوینی $\frac{۲}{۵۴}$

مخرج مشترک کسور فوق بطریق ذیل بدست میاید :

$۱۲ = ۲^{۲} \times ۳$

$۲۴ = ۲^{۳} \times ۳$

$۱۸ = ۲ \times ۳^{۲}$

$۵۴ = ۳^{۳} \times ۲$

پس مخرج مشترک عبارتست از $۳^{۳} \times ۲^{۳}$ یعنی $۲۷ \times ۸ = ۲۱۶$

نظر بمراتب مذکوره در مثال مفروض فوق مخرج عبارت خواهد بود از ۲۱۶و بنابراین اگر فرض کنیم که ترکه میت عبارت بوده است از ۲۱۶ واحد تقسیم آن بقرار ذیل میشود :

جد مادری $\frac{۱}{۱۲}$ از ۲۱۶ یعنی ۱۸ واحد

جده مادری $\frac{۱}{۱۲}$ « ۲۱۶ « ۱۸ «

پسر برادر امی $\frac{۱}{۲۴}$ « ۲۱۶ « ۹ «

دختر برادر امی $\frac{1}{24}$ از ۲۱۶ یعنی ۹ واحد

پسرخواهر امی $\frac{1}{24}$ « ۲۱۶ « ۹ «

دختر خواهرامی $\frac{1}{24}$ « ۲۱۶ « ۹ «

جمع طرف امی . . . . ۷۲ ($\frac{1}{3}$ از ۲۱۶)

جد پدری $\frac{4}{18}$ از ۲۱۶ یعنی ۴۸ واحد

جده پدری $\frac{2}{18}$ « ۲۱۶ « ۲۴ «

پسر برادر ابوینی $\frac{8}{54}$ « ۲۱۶ « ۳۲ «

دختر برادرابوینی $\frac{4}{54}$ « ۲۱۶ « ۱۶ «

پسرخواهرابوینی $\frac{4}{54}$ « ۲۱۶ « ۱۶ «

دخترخواهرابوینی $\frac{2}{54}$ « ۲۱۶ « ۸ «

جمع خویشان ابی . . . . ۱۴۴ ($\frac{2}{3}$ از ۲۱۶)

جمع کل ترکه . . . . ۷۲ | ۱۴۴ ۲۱۶ .

مثال‌دوم ـ وراث میت عبارتست ازجد پدری ودوبرادر زاده ابوینی‌ازیك‌پدرولی‌یکی پسر ودیگری دختر و دو برادرزاده امی ازیك پدر ولی یکی پسر ودیگری دختر. ـدراین صورت چون دوبرادر زاده امی بمنزله یك برادر امی محسوب میشوند لذا فقط سدس‌ترکه متعلق بطرف امی بوده وبین آنها بالسویه تقسیم میگردد بنابراین حصه هر یك از برادر زادهای امی نصف سدس یعنی $\frac{1}{12}$ تمام ترکه خواهد بود .

پنج سدس دیگر از تمام ترکه باید بدواً بین جدمیت از یکطرف و دوبرادرزاده

ابوینی او ازطرف دیگر بالمناصفه تقسیم شود بنابراین حصه‌جد نصف $\frac{۵}{۶}$ یعنی $\frac{۵}{۱۲}$ و حصه دوبرادر زاده باهم نیز $\frac{۵}{۱۲}$ تمام ترکه میشود - وچون حصه دوبرادر زاده ابوینی باید بین آنها بقاعده والذکر مثل حظ‌الانثیین تقسیم شود لذا $\frac{۲}{۳}$ از $\frac{۵}{۱۲}$ یعنی $\frac{۱۰}{۳۶}$ ازتمام ترکه متعلق به پسر برادر ابوینی و $\frac{۱}{۳}$ از $\frac{۵}{۱۲}$ یعنی $\frac{۵}{۳۶}$ متعلق بدختر برادر ابوینی میت خواهدبود .

نظر بمراتب فوق سهم هریك از وراث ازتمام ترکه بطریق ذیل میباشد :

پسر برادر امی $\frac{۱}{۱۲}$

دختر برادر امی $\frac{۱}{۱۲}$

جد پدری $\frac{۵}{۱۲}$

پسر برادرابوینی $\frac{۱۰}{۳۶}$

دختربرادر ابوینی $\frac{۵}{۳۶}$

چون مخرج مشترك کسور فوق عبارتست از۳۶ لذا اگر فرض کنیم که ترکه میت ۳۶ واحد است تقسیم آن بطریق ذیل خواهد بود :

سهم پسربرادرامی $\frac{۱}{۱۲}$ از ۳۶ = ۳

سهم‌دختربرادر امی $\frac{۱}{۱۲}$ « ۳۶ = ۳

سهم جد پدری $\frac{۵}{۱۲}$ « ۳۶ = ۱۵

سهم‌پسر برادرابوینی $\frac{۱۰}{۳۶}$ « ۳۶ = ۱۰

سهم دختر برادر ابوینی $\frac{۵}{۳۶}$ « ۳۶ = ۵

مجموع سهام ۳۶

مثال سوم ــ وراث میت عبارتست از دوبرادر زادهٔ ابوینی ازیك پدر ولی یکی پسر و دیگری دختر و دوخواهر زاده ابوینی ازیك مادر ولی یکی پسر ودیگری دختر و دو برادرزادهٔ امی ازیك پدر ودوخواهر زادهٔ امی ازیك مادر و ازهر کدام از آنها نیز یکی پسر و دیگری دختر است .

در این صورت ثلث ترکه باید بطرف امی رسیده و بین آنها بالسویه تقسیم شود و چون طرف امی چهار نفرند لذا حصه هرکدام $\frac{۱}{٤}$ از $\frac{۱}{۳}$ یعنی $\frac{۱}{۱۲}$ تمام ترکه خواهد بود . دوثلث دیگر باید بطرف ابی رسیده وقبلا بین دوبرادر زادهٔ ابوینی که بمنزله یك برادر ابوینی بوده وحصه اورا میبرند از یکطرف و دوخواهر زادهٔ ابوینی که بمنزله یك خواهر ابوینی بوده وحصه اورا میبرند ازطرف دیگر بارعایت قاعده وللذکر مثل حظ الانثیین تقسیم گردد . پس حصه دو برادر زادهٔ ابوینی با هم $\frac{۲}{۳}$ از $\frac{۲}{۳}$ یعنی $\frac{٤}{۹}$ وحصه دوخواهر زادهٔ ابوینی با هم $\frac{۱}{۳}$ از $\frac{۲}{۳}$ یعنی $\frac{۲}{۹}$ ازتمام ترکه خواهد بود وچون در تقسیم بین اولاد برادر و همچنین اولاد خواهر ابوینی باید حصه ذکور دوبرابر اناث باشد لذا حصه پسر برادر ابوینی $\frac{۲}{۳}$ از $\frac{٤}{۹}$ یعنی $\frac{۸}{۲۷}$ وحصه دختر برادرابوینی $\frac{۱}{۳}$ از $\frac{٤}{۹}$ یعنی $\frac{٤}{۲۷}$ خواهد بود وهمچنین حصه پسرخواهر ابوینی $\frac{۲}{۳}$ از $\frac{۲}{۹}$ یعنی $\frac{٤}{۲۷}$ وحصه دختر خواهر ابوینی $\frac{۱}{۳}$ از $\frac{۲}{۹}$ یعنی $\frac{۲}{۲۷}$ میباشد .

نظر بمراتب فوق سهم هریك از تمام ترکه بطریق ذیل است :

دختر برادر امی	$\frac{۱}{۱۲}$
پسر برادر امی	$\frac{۱}{۱۲}$
دختر خواهرامی	$\frac{۱}{۱۲}$
پسرخواهر امی	$\frac{۱}{۱۲}$

دختر برادر ابوینی $\frac{۴}{۲۷}$

پسر برادر ابوینی $\frac{۸}{۲۷}$

دختر خواهر ابوینی $\frac{۲}{۲۷}$

پسر خواهر ابوینی $\frac{۴}{۲۷}$

مخرج مشترك بین کسور فوق بطریق ذیل بدست میاید :

$$۱۲ = ۲^{۲} \times ۳$$

$$۲۷ = ۳^{۳}$$

پس مخرج مشترك مساوی است به $۲^{۲} \times ۳^{۳}$ یعنی $۴ \times ۲۷ = ۱۰۸$ نظر بمراتب فوق اگر ترکه میت ۱۰۸ واحد باشد سهم هریك از وراث مذکور بطریق ذیل خواهد بود :

دختر برادر امی $\frac{۱}{۱۲}$ از ۱۰۸ = ۹

پسر برادر امی $\frac{۱}{۱۲}$ « ۱۰۸ = ۹

دختر خواهر امی $\frac{۱}{۱۲}$ « ۱۰۸ = ۹

پسر خواهر امی $\frac{۱}{۱۲}$ « ۱۰۸ = ۹

جمع طرف امی . . . . ۳۶ (یك ثلث از ۱۰۸)

دختر برادر ابوینی $\frac{۴}{۲۷}$ از ۱۰۸ = ۱۶

پسر برادر ابوینی $\frac{۸}{۲۷}$ « ۱۰۸ = ۳۲

دختر خواهر ابوینی $\frac{۲}{۲۷}$ « ۱۰۷ = ۸

پسرخواهر ابوینی $\frac{٤}{٢٧}$ از ۱۰۸ = ۱٦

جمع طرف ابی . . . . ۷۲ (دوثلث از ۱۰۸)

جمع سهام طرف ابی باامی ۳٦ + ۷۲ = ۱۰۸

۹۵٦ – چون در صورت نبودن اخوه اولاد اخوه بسمت قائم مقامی پدر یامادر خود ارث میبرد لذا در اولاد اخوه نیز باید همان قواعدی که درخود اخوه منظور می باشد منظور گردد بنابراین باید گفته شود که اولا بابودن اولاد اخوه ابوینی اولاد اخوه ابی تنها ارث نمیبرند ؛

ثانیاً در صورت نبودن اولاد اخوه ابوینی اولاد اخوه ابی تنها حصه آنها را می برند .

ثالثاً – اولاد اخوه ابوینی واولاد اخوه ابی‌تنها هیچکدام اولاد اخوه امی‌را ازارث محروم نمینماید .

قواعد مزبور فوق رامادهٔ ۹۲٦ بطریق فوق العاده ناقص بیان کرده است چه‌در مادهٔ مزبورهٔ فقط این نکته ذکر شده است که « درصورت اجتماع کلاله ابوینی وابی وامی کلاله ابی ارث نمیبرد . » وبدیهی است که مقصود این مادهٔ ازلغت کلاله همان اولاداخوه است زیرا که حکم خود اخوه بموجب مادهٔ ۹۱۸ کهقبلا شرح داده‌ایم بیان گشته وبعلاوهٔ سکوت مادهٔ راجع باینکه در صورت نبودن اولاد اخوهٔ ابوینی اولاد اخوهٔ ابی حصه ارث آنهارا میبرند نباید حمل باین گردد که این ترتیب درخود اخوه منظور و در اولاد اخوه نباید منظور گردد چه بطوریکه گفته شد حق وراثت اولاد اخوه بسمت قائم مقامی خود اخوه است وبنا براین قائم مقام یك نفر باید همان حقی راکه من قام‌مقامه داشته است داشته باشد .

۹۵۷ – زوج یازوجه میت باطبقه دوم از وراث نیز شرکت درارث کرده وفرض خود رااز ترکه میت میبرد چنانکه مادهٔ ۹۲۷ همین ترتیب را تصریح کرده و مقررمیدارد که « در تمام موارد مذکوره دراین مبحث » یعنی مبحث راجع بسهم الارث طبقهٔ دوم « هر یك از زوجین که باشد فرض خودرا از اصل ترکه میبرد واین فرض عبارتست از نصف اصل ترکه برای زوج وربع آن برای زوجه . »

نسبت بموردی که زوج یازوجه باطبقه دوم از وراث شرکت در ارث مینماید ممکن است همان مشکلی پیش آید که‌در صورت شرکت اوبا طبقه اول مذکور شد یعنی تمام ترکه کفایت فرض صاحبان فرض را ننماید . مثلا اگر وراث متوفاة عبارت باشد از دو خواهر ابوینی ودو خواهر امی وزوج او ، دراین صورت نصف ترکه فرض زوج وثلث آن فرض اخوهٔ امی ودو ثلث فرض دو خواهر ابوینی است ومجموع این سهام بیش از یك‌واحد میشود چه $\frac{1}{2}+\frac{1}{3}+\frac{2}{3}=\frac{3+2+4}{6}=\frac{9}{6}$ و $\frac{9}{6}$ بزرگتر ازیك‌واحد است.

برای حل‌این مشکل مادهٔ ۹۲۷ درقسمت دوم وسوم خود مقررمیدارد متقربین بمادر یعنی خویشان مادری میت نیز اعم از اجداد وکلاله فرض خودرا از اصل ترکه میبرند وهرگاه بواسطه ورود زوج یازوجه نقصی موجود گردد نقص برکلاله ابوینی یاابی تنها یابراجداد ابی وارد می شود .

پس‌در صورتیکه مفاد این مادهٔ نسبت بمسئلهٔ مفروض فوق اجرا شود نصف ترکه متعلق بزوج متوفاة وثلث آن متعلق باخوهٔ امی او بودهٔ وبقیه که فقط یك سدس ترکه است باخوهٔ ابوینی او خواهد رسید . بعبارت اخری نقصی که بواسطه شرکت زوج در ارث حاصل می شود بکلاله ابوینی تحمیل خواهد شد .

مبحث سوم

در سهم الارث طبقه سوم

۹۵۸ - در سهم الارث طبقه سوم نیز قانون مدنی حکم کلی راکه درضمن حجب حرمانی بیان شدهٔ است تکرار کردهٔ وبموجب مادهٔ ۹۲۸ مقرر میدارد که «هرگاه برای میت وراث طبقه دوم نباشد ترکه اوبوراث طبقه‌سوم میرسد .»

وراث مزبور بطوری که قبلاهم ضمن مادهٔ ۸۶۲ بیان شدهٔ عبارتست از عمو وعمه ودائی وخاله واولاد آنها .

در تقسیم ارث بین وراث طبقه سوم همان قواعدی که‌راجع بسهم الارث طبقه دوم‌ازوراث بیان گردیدهٔ است باید رعایت شود بنابراین :

اولا - بابودن اعمام یااخوال ابوینی اعمام یااخوال ابی تنها ارث نمیبرند ؛

ثانیاً ـ در صورت نبودن اعمام یا اخوال ابوینی اعمام یااخوال ابی تنها حصه آنها رامیبرند؛
ثالثاً ـ هیچیک از اعمام یااخوال ابوینی ویا اعمام ویا اخوال ابی تنها اعمام و اخوال امی‌را از ارث محروم نمیکنند ؛
رابعاً ـ اعمام وعمات امی میت از حیث تقسیم ترکه دربین خود حکم خویش مادری را داشته وترکه ویاحصه ازترکه که متعلق بآنها میشود دربین آن‌ها بالسویه تقسیم میگردد :
چون بانعریفی که سابقاً نسبت به‌خویشان ابی وامی و ابوینی مذکور گردید شاید تصور عمو ویاعمه ابوینی ویاامی تنها ویا تصور دائی وخاله ابوینی ویا ابی تنها قدری مشکل بنظر آید ، لذا توضیحاً بیان مینمائیم‌که عمو وعمه هرکس خویشان پدری ودائی وخاله هرکس خویشان مادری او میباشند ولی چون ممکن است که عموی یکنفر برادر ابی‌یاامی ویاابوینی پدر اوباشد ویا دائی یکنفر برادر امی یاابی ویا ابوینی مادر اولذا دراین صورت عموی شخص باعتبار نسبتی که‌با پدر آن شخص دارد عموی امی یاابی ویا ابوینی بود وهمچنین دائی یکنفر باعتبار نسبتی که بامادر او دارد دائی امی یاابی ویا ابوینی خواهد بود .

۹۵۹ ـ درهر حال سه قاعدهٔ ازقواعد مذکوره فوق ازمادهٔ ۹۳۰ مستنبط است‌چه مادهٔ ۹۳۰ مقرر میدارد که «اگر میت اعمام یااخوال ابوینی داشته باشد اعمام یا اخوال ابی ارث نمیبرند .»
«در صورت نبودن اعمام یااخوال ابوینی اعمام یااخول ابی‌حصه آنهارا میبرند .» اگرچه در این مادهٔ تصریح نشدهٔ است که هیچیک از اعمام و یا اخوال ابی یا ابوینی اعمام یا اخوال امی را از ارث محروم نمی‌نماید ولی بدیهی‌است که مقصود ازسکوت دراین‌مورد همان‌عدم حرمان‌بودهٔ چه‌اگر وجود اعمام یااخوال ابوینی‌یاابی‌ممکن بود موجب حرمان‌اعمام یا اخوال امی باشد این حرمان بایستی تصریح بشود .

۹۶۰ ـ قاعدهٔ چهارم که فوقاً مذکور شد نتیجه قسمت اخیر مادهٔ ۹۳۱ است که بموجب آن «هر گاهٔ عمو وعمه با هم باشند در صورتیکه همه امی باشند ترکه را بالسویه تقسیم مینمایند .»
حکم مزبور مخالف با اصلی است که در مورد ارث اتخاذ شده و بموجب آن تقسیم ترکه مابین خویشان ابی میت باید مطابق قاعده وللذکر مثل حظ الانثیین بعمل آید .
راست است که در صورت مفروض تمام اعمام امی هستند ولی کلاله امی بودن آنها نسبت

به پدر میت مانع از این نیست که خود آنها ارحام پدری میت باشند و بنابراین بایستی که در تقسیم ترکه بین آنها حصه ذکور دو برابر اناث باشد چنانکه همین رویه را نسبت باجداد ثمانیه اتخاذ کرده و قبلا ذکر نمودیم که اجداد امی پدر میت نیز حصه از ترکهٔ را که بانها میرسد در بین خود باید بر طبق قاعده ذکور دو برابر اناث تقسیم نمایند. در هر حال اتخاذ این ترتیب نسبت باجداد ثمانیه مانع قانونی نداشته ولی در مورد اعمام مخالف صریح ماده ۹۳۱ خواهد بود ولی خوشبختانه ماده ۹۳۵ که بعد ها شرح داده خواهد شد این حکم مخالف اصل را نسخ و اصلاح مینماید.

۹۶۱ - حال باید ببینیم که در تقسیم ارث بین وراث طبقه سوم چند حالت ممکن است تصور شود و بدیهی است که فرض انحصار وراث را در این طبقه کنار میگذاریم چه این نکته مسلم است که در هر طبقه از وراث اگر وارث منحصر بفرد شد تمام ترکه باو میرسد.

حالت های مختلفهٔ که بغیر فرض فوق ممکن است پیش آید عبارتست از ۵ حالت:

اول - وراث میت عبارتند از اعمام و یا عمات تنها؛

دوم - وراث میت عبارتند از اعمام وعمات باهم؛

سوم - وراث میت عبارتند از اخوال و یا خالات تنها؛

چهارم - وراث میت عبارتند از اخوال و خالات باهم؛

پنجم - وراث میت عبارتند از اعمام و عمات واخوال و خالات باهم؛

۹۶۲ - حالت اول - وراث میت عبارتند ازاعمام ویاعمات تنها. در اینصورت مطابق قسمت اول ماده ۹۳۱ «هر گاه وراث متوفی چند نفر عمو یا چند نفر عمه باشند ترکه بین آنها بالسویه تقسیم میشود در صورتیکه همه آنها ابوینی یا همه ابی یا همه امی باشند.»

۹۶۳ - حالت دوم - وراث میت عبارتند از اعمام و عمات باهم. - در اینصورت نیز ممکن است سه شق پیش آید:

۱ - تمام اعمام و عمات امی هستند؛

۲ - تمام اعمام و عمات ابوینی یاابی تنها هستند؛

۳ - بعضی از اعمام وعمات امی وبعضی دیگر ابوینی یاابی تنها هستند

شق اول - تمام اعمام و عمات امی هستند. - حکم این شق بموجب قسمت اخیر ماده ۹۳۱ بیان شده است چه مطابق این ماده هرگاه عمو وعمه باهم شرکت در ارث کنند «در صورتیکه همه امی باشند ترکه را بالسویه تقسیم می نمایند ....» ولی چنانکه فوقاً

ذیل نمره ۹۶۰ مذکور شد این حکم مخالف با اصل کلی است که بموجب آن بین ارحام ابی میت تقسیم ترکه باید مطابق قاعده وللذکرمثل‌حظ‌الانثیین باشد وبعلاوه این حکم‌مخالف با مفاد ومفهوم ماده ۹۳۵ است که در موقع خود بیان خواهد شد

شق دوم - تمام اعمام و عمات ابوینی‌یاابی تنها هستند . - حکم این شق نیز بموجب همان قسمت ماده مذکور معین گردیده و مطابق آن در صورتی که عمو و عمه باهم بوده و « همه ابوینی یا ابی باشند حصه ذکور دو برابر اناث خواهد بود »

شق سوم - بعضی از اعمام و عمات‌امی و بعض‌دیگر ابوینی یا ابی تنها هستند . - حکم این مورد بموجب ماده ۹۳۰ بطریق ذیل بیان شده :

« در صورتیکه اعمام امی و اعمام ابوینی‌یا ابی باهم‌باشند عم یا عمه امی اگر »
« تنها باشدسدس‌ترکه باوتعلق میگیرد و اگر متعدد باشند ثلث ترکه . واین ثلث را مابین»
«خود بالسویه تقسیم میکنند . و باقی ترکه باعمام ابوینی یا ابی میرسد که در تقسیم »
« ذکور دو برابر اناث میبرد . »

پس بموجب این ماده در صورتیکه بعضی از اعمام امی و بعض دیگر ابوینی‌یاابی تنها باشند ممکن است دوصورت فرض شود : اول آنکه طرف امی منحصر بفرد است و دوم آنکه اعمام امی متعددند .

در صورتیکه عم یاعمه امی منحصر بفردباشد سدس‌ترکه متعلق باوشده و پنج سدس دیگرمتعلق باعمام و عمات ابوینی یا ابی‌تنها میگردد که آنها هم این‌پنج سدس رادر بین خود مطابق قاعده والذکر مثل‌حظ‌الانثیین تقسیم مینمایند . پس اگر فرض کنیم که وراث میت عبارتست از یك عموی‌امی و یك عموی ابوینی ویك عمه ابوینی در اینصورت تقسیم‌ترکه بطریق ذیل خواهد بود :

سدس ترکه حصه عموی امی بوده و چون پنج سدس دیگر بـاید بین عمو و عمه ابوینی مطابق قاعده و للذکـر مثل حظ الانثیین تقسیم شود لذا $\frac{1}{3}$ از $\frac{5}{6}$ یعنی $\frac{5}{18}$

تمام‌ترکه‌متعلق بعمه ابوینی‌و $\frac{2}{3}$ از $\frac{5}{6}$ یعنی $\frac{10}{18}$ از تمام ترکه‌متعلق‌بعموی ابوینی میشود

بنابر این مخرج مشترك ۱۸ بوده و اگر فرض کنیم ترکه میت ۱۸واحد است سهم‌هریك از وراث بطریق ذیل میشود :

عموی امی	۳
عموی ابوینی	۱۰
عمه ابوینی	۵
جمع	۱۸

هرگاه طرف امی متعدد باشد دراینصورت مطابق ماده ۹۳۲ ثلث ترکه بطرف امی رسیده و بین آنها بالسویه تقسیم می‌گردد و دوثلث دیگر باید باعمام و عمات ابوینی رسیده و بین آنها مطابق قاعده و للذکر مثل‌حظ الانثیین تقسیم شود . پس اگر فرض کنیم که ورثه میت عبارتست از یك عمو و یك عمه امی با یك عمو ویك عمه ابوینی در اینصورت ثلث ترکه بطرف امی رسیده و باید بین آنها بالسویه تقسیم گردد بنابراین حصه هریك ازعمو و عمه امی $\frac{1}{6}$ ترکه خواهد بودودوثلث دیگر ترکه بطرف ابی رسیده ودرتقسیم بین آنها حصه عمو دوبرابر حصه عمه خواهد بود بنابراین $\frac{1}{3}$ از $\frac{2}{3}$ یعنی $\frac{2}{9}$ ترکه متعلق به عمه و $\frac{2}{3}$ از $\frac{2}{3}$ یعنی $\frac{4}{9}$ ترکه متعلق بعمو میشود و چون مخرج مشترك بین کسور فوق نیز ۱۸ است لذا اگر فرض شود که دارائی میت ۱۸ واحد بوده تقسیم قطعی بطریق ذیل خواهد بود :

سهم عمه امی	$\frac{1}{6}$	از ۱۸ = ۳
سهم عموی امی	$\frac{1}{6}$	از ۱۸ = ۳
سهم عمه ابوینی	$\frac{2}{9}$	از ۱۸ = ۴
سهم عموی ابوینی	$\frac{4}{9}$	از ۱۸ = ۸
جمع سهام		۱۸

۹۶۴ - حالت سوم - وراث میت عبارتند از اخوال و یاخالات تنها . - در اینصورت مطابق ماده ۹۳۳ تقسیم ترکه بین آنها بالسویه خواهد بود اعم از اینکه همه ابوینی یا ابی تنها باشندویاهمه امی .

۹۶۵ - حالت چهارم - وراث میت عبارتند از اخوال‌وخالات با هم . - در اینصورت ممکن است سه شق فرض شود :

۱ ـ تمام اخوال وخالات ابوینی هستند یاابی تنها ؛
۲ ـ تمام اخوال وخالات امی هستند ؛
۳ ـ بعضی ازآنها ابوینی یاابی تنها وبعض دیگر امی هستند ؛

دوشق اول ودوم بموجب مادهٔ ۹۳۳ پیش بینی شده و مطابق ماده مزبوره ترکه باید بین اخوال وخالات بطور تساوی تقسیم شود .

۹۶۶ ـ حکم شق سوم بموجب مادهٔ ۹۳۴ بطریق ذیل معین شده است :

«اگر وراث میت دائی وخاله ابی یا ابوینی یادائی وخالهٔامی باشند طرف امی‌اگریکی» «باشد سدس ترکه‌را میبرد واگر متعدد باشند ثلث آنرا میبرندوبین خود بالسویه تقسیم» «میکنند ومابقی مال دائی وخاله‌های ابوینی یا ابی است که آن‌ها هم بین خود بالسویه» تقسیم مینمایند .» پس بموجب این ماده ممکن است که دائی و یا خاله امی منحصر بفرد باشد یا متعدد :

در صورت انحصار دائی یاخاله امی به یکنفر سدس ترکه باو تعلق گرفته ومابقی یعنی پنج سدس دیگر بین دائی و خاله‌های ابوینی بالسویه تقسیم میشود ، پس اگر فرض کنیم که وراث میت عبارتند از یك دائی امی ویك دائی ابوینی بایك خاله ابوینی . دراین صورت سدس ترکه بدائی امی‌میرسد ونصف‌از $\frac{۵}{۶}$ آن‌یعنی $\frac{۵}{۱۲}$ بدائی ابوینی ونصف دیگر بخاله ابوینی. وچون مخرج مشترك کسور مزبور ۱۲ است لذا اگر فرض شود که دارائی‌میت ۱۲ واحد بوده تقسیم ترکه بطریق ذیل خواهدبود:

حصه دائی امی $\frac{۱}{۶}$ از ۱۲ = ۲

حصه دائی ابوینی $\frac{۵}{۱۲}$ از ۱۲ = ۵

حصه خاله ابوینی $\frac{۵}{۱۲}$ از ۱۲ = ۵

جمع ۱۲

در صورت تعدد طرف امی بعوض سدس ثلث ترکه بانها و دوثلث دیگر بطرف ابوینی یا ابی تنها میرسد و در هر حال در تقسیم حصه هر طرف در بین افراد آنطرف حصه ذکور مساوی باحصه اناث میباشد . پس اگر فرض کنیم که وراث عبارتند از یك

دائی و یک خاله امی با یک دائی و یک خاله ابوینی یا ابی تنها . در این صورت $\frac{۱}{۳}$ ترکه به دائی و خاله امی رسیده و بین آنها بالسویه تقسیم میشود . بنا بر این حصه هر کدام $\frac{۱}{۶}$ ترکه خواهد بود و $\frac{۲}{۳}$ ترکه به دائی و خاله ابوینی رسیده وبین آنها نیز بالسویه تقسیم میگردد و بنا بر این حصه هر کدام $\frac{۱}{۳}$ ترکه خواهد بود .

۹۶۷ ــ حالت پنجم ــ وراث میت عبارتند از اعمام و عمات و اخوال وخالات باهم . حکم حالت پنجم را مادهٔ ۹۳۵ بطریق ذیل بیان میکند :

« اگر برای میت یك یا چند نفر اعمام با یك یا چند نفر اخوال باشد ثلث ترکه»
« باخوال و دو ثلث آن باعمام تعلق میگیرد . »
« تقسیم ثلث بین اخوال بالسویه بعمل میاید لیکن اگر بین اخوال یکنفر امی باشد »
« سدس حصه اخوال باو میرسد و اگر چند نفر امی باشند ثلث آن حصه بانها داده »
« میشود و در صورت اخیر تقسیم بین آنها بالسویه بعمل میاید . »
« در تقسیم دو ثلث بین اعمام حصه ذکور دو برابر اناث خواهد بود لیکن اگر »
« بین اعمام یکنفر امی باشد سدس حصه اعمام باو میرسد و اگر چند نفر امی باشند »
« ثلث آن حصه بانها میرسد و در صورت اخیر آن ثلث را بالسویه تقسیم میکنند . »
« در تقسیم پنج سدس و یا دو ثلث که از حصه اعمام باقی میماند بین اعمام ابوینی »
« یا ابی حصه ذکور دو برابر اناث خواهد بود . »

پس مطابق این مادهٔ در صورت اجتماع اعمام و عمات و اخوال وخالات باهم ، باید دو تقسیم متمایز بعمل آید : یکی تقسیم بین اعمام و عمات از یکطرف و اخوال و خالات از طرف دیگر ، و یکی هم تقسیم بین خود اعمام و عمات وهمچنین بین خود اخوال و خالات .

در تقسیم اولی ثلث ترکه باخوال و خالات یعنی ارحام مادری میت و دو ثلث دیگر باعمام و عمات یعنی ارحام پدری میت میرسد .

در تقسیم ثلث مزبور بین اخوال و خالات و یا دو ثلث بین اعمام و عمات نیز ممکن است دو صورت پیش آید : یکی آنکه بین افراد آنها اختلاف وصله نباشد و دیگر آنکه

بین افراد آنها اختلاف وصله باشد. در صورت اول ثلث ترکه که باخوال و خالات میرسد بین افراد آنها بالسویه، ودو ثلث دیگر که باعمام و عمات میرسد بین افراد آنها بارعایت قاعده وللذکر مثل حظ الانثیین تقسیم میشود.

این حکم اخیر از جمله اول قسمت سوم ماده ۹۳۵ استنباط میشود. چه جمله مزبوره بطور مطلق میگوید که «در تقسیم دو ثلث بین اعمام حصه ذکور دو برابر اناث خواهد بود.» بدون اینکه تقسیم باین طریق را مقید به ابوینی یا ابی بودن تمام اعمام کرده باشد. پس از اطلاق عبارات جمله مزبوره میتوان استدلال نمود که تقسیم دو ثلث بین اعمام باید مطابق قاعده وللذکر مثل حظ الانثیین بعمل آید اگر چه تمام آنها امی باشند و مخصوصاً این ترتیب بموجب ذیل همین قسمت تأیید میشود: چه مطابق ذیل قسمت سوم ماده ۹۳۵ فقط در صورت اجتماع اعمام امی متعدد با اعمام ابوینی با هم، یعنی در صورت بودن اختلاف وصله بین اعمام و عمات، در تقسیم حصهٔ که بطرف امی میرسد بین خود آنها، حصه ذکور مساوی باحصه اناث خواهد بود.

از مطالب فوق صحت اعتراضی که بمفاد ماده ۹۳۱ وارد نمودیم واضح ومبرهن میشود بنابر این باید اذعان نمود که قسمت دوم ماده مزبوره که بموجب آن در صورت اجتماع عمو وعمه باهم هرگاه همه امی باشند ترکه را بالسویه تقسیم مینمایند، مخالف باقسمت سوم از ماده ۹۳۵ است واگر درماده ۹۳۱ تقسیم بتساوی تجویز شده است فقط باعتبار این بوده است که اعمام ویا عمات امی میباشند ودیگر نویسندگان ماده مزبوره کاملا دقت نکرده اند که امی بودن اعمام وعمات نسبت به پدر میت است ونه نسبت بخود او چه اعمام وعمات خواه کلاله امی پدر میت باشند وخواه کلاله ابوینی او نسبت به میت ارحام پدری محسوبند.

در هر حال چون ماده ۹۳۵ وارد برماده ۹۳۱ است لذا باید ماده ۹۳۵ ناسخ یك قسمت ازماد ۹۳۱ فرض شده ودر صورتیکه بین اعمام وباعمات اختلاف وصله نباشد حصه از ترکه که بانها میرسد بین افراد آنها بارعایت قاعده وللذکر مثل حظ الانثیین تقسیم شود اگر چه همه آنها امی باشند.

در صورت دوم نیز یعنی در صورتیکه بین افراد اخوال وخالات وباافراد اعمام وعمات اختلاف وصله باشد ممکن است دوشق فرض گردد. شق اول آنکه طرف امی منحصر بفرد باشد وشق دوم آنکه طرف امی متعدد باشد.

درتقسیم ثلث ترکه بین اخوال اگر طرف امی‌یکی باشد سدس آن ثلث متعـلق باوبوده وپنج سدس دیگر متعلق بطرف ابی خواهد بود ، وبرعکس اگر طرف امی متعـدد باشد ثلث ازثلث متعلق بامی‌ها ودو ثلث دیگر متعلق باخوال وخالات ابوینی یاابی میباشد ودرهر حال در تقسیم ثلث از ثلث بین امی‌ها و دو ثلث از ثلث بین ابوینیها حصه ذکـور مثل حصه اناث خواهد بود .

واما درتقسیم‌دوثلث ازتمام ترکه بین‌اعمام وعمات ، اکر طرف‌امی یکی باشدسدس‌آن دو ثلث بطرف مزبور رسیده و پنج سدس دیگر باعمام و عمات ابوینی یا ابی میرسد و بین آنها مطابق قاعده وللذکر مثل حظ الانثیین تقسیم میشود . وبر عکس اکرطرف امی‌متعدد باشد ثلث دو ثلث بانها رسیده و بین آنها بالسویه تقسیم میگردد و دو ثلث دیگر بابوینی‌ها یا ابی ها رسیده و در تقسیم بین آنها ، ذکور دو برابر حصه اناث را میبرند .

برای توضیح مراتب فوق مثالی چند ذکر میکنیم :

مثال اول - وراث میت عبارتند از یك عمو ویك عمه و یك دائی و یك خاله و همه آنها ابوینی یا ابی تنها میباشند . - در این صورت ثلث ترکه به دائی و خاله با هم رسیده و بین آنها بالسویه تقسیم میشود بنا بر این حصه هر یك از آنها $\frac{۱}{۶}$ ترکه خواهدبود ودوثلث دیگر ترکه متعلق بعمو و عمه است که در تقسیم بین آنها حصهٔ عمو باید دوبرابر حصهٔ عمه باشد بنا بر این $\frac{۲}{۳}$ از $\frac{۲}{۳}$ یعنی $\frac{۴}{۹}$ ترکه متعلـق بعمو و $\frac{۱}{۳}$ از $\frac{۲}{۳}$ یعنی $\frac{۲}{۹}$ ترکه متعلق بعمه خواهد بود . پس تقسیم قطعی بطریق ذیل میباشد :

سهم دائی	$\frac{۱}{۶}$	از تمام ترکه
سهم خاله	$\frac{۱}{۶}$	از تمام ترکه .
سهم عمو	$\frac{۴}{۹}$	از تمام ترکه .
سهم عمه	$\frac{۲}{۹}$	از تمام ترکه .

مخرج مشترك کسور فوق عبارتست از ۱۸ پس اگر فرض کنیم که ترکه میت

۱۸ واحد باشد حصه هر یك از اعمام و اخوال بطریق ذیل خواهد بود:

سهم دائی	$\frac{۱}{۶}$	از ۱۸	=	۳
سهم خاله	$\frac{۱}{۶}$	از ۱۸	=	۳
سهم عمو	$\frac{۴}{۹}$	از ۱۸	=	۸
سهم عمه	$\frac{۲}{۹}$	از ۱۸		۴
جمع سهام		. . . . .		۱۸

مثال دوم ــ وراث میت عبارتند از یك عمو ویك عمه ابوینی و یك عموی امی ـ یك دائی ویك خاله ابوینی و یك دائی امی . ـ در این صورت ثلث ترکه متعلق بارحام امی یعنی سه نفر دائی و خاله ودوثلث دیگر متعلق بارحام ابی یعنی سه نفر عمو و عمه می باشد .

چون بین اخوال یك نفر امی میباشد بنابراین $\frac{۱}{۶}$ از $\frac{۱}{۳}$ ترکه یعنی $\frac{۱}{۱۸}$ آن باید بدائی امی برسد و $\frac{۵}{۶}$ از $\frac{۱}{۳}$ یعنی $\frac{۵}{۱۸}$ ترکه بین دائی و خاله ابوینی بالسویه تقسیم شود . پس حصه هریك از اخوال ابوینی هم $\frac{۱}{۲}$ از $\frac{۵}{۱۸}$ یعنی $\frac{۵}{۳۶}$ تمام ترکه خواهد بود .

و همچنین نظر باینکه بین اعمام نیز یکنفر امی می باشد لذا باید از $\frac{۲}{۳}$ ترکه که باعمام رسیده است $\frac{۱}{۶}$ بعموی امی برسد بنابراین حصه عموی امی $\frac{۲}{۱۸}$ از تمام ترکه خواهد بود و $\frac{۵}{۶}$ از $\frac{۲}{۳}$ یعنی $\frac{۱۰}{۱۸}$ که باقی مانده است باید بین عمو و عمه ابوینی با رعایت قاعده والذکر مثل حظ الانثیین تقسیم شود . پس حصه عموی ابوینی $\frac{۲}{۳}$ از $\frac{۱۰}{۱۸}$ یعنی $\frac{۲۰}{۵۴}$ وحصه عمه ابوینی $\frac{۱}{۳}$ از $\frac{۱۰}{۱۸}$ یعنی $\frac{۱۰}{۵۴}$ تمام ترکه خواهد بود . وچون مخرج کسور فوق

عبارتست از ۱۰۸ لذا اگر فرض کنیم که تمام ترکه ۱۰۸ واحد است سهام هر یك از اعمام و اخوال بطریق ذیل میباشد :

حصه دائی امی $\frac{۱}{۱۸}$ از ۱۰۸ ٦

حصه دائی ابوینی $\frac{۵}{۳٦}$ از ۱۰۸ ۱۵

حصه خاله ابوینی $\frac{۵}{۳٦}$ از ۱۰۸ ۱۵

حصه عموی امی $\frac{۲}{۱۸}$ از ۱۰۸ ۱۲

حصه عموی ابوینی $\frac{۲۰}{۵٤}$ از ۱۰۸ ٤۰

حصه عمه ابوینی $\frac{۱۰}{۵٤}$ از ۱۰۸ ۲۰

جمع سهام ۱۰۸

مثال سوم ـ وراث میت عبارتست از یك دائی و یك خاله ابوینی ، یك دائی و یك خاله امی ، یك عمو ویك عمه ابوینی و یك عمو ویك عمه امی . ـ در این صورت ثلث ترکه باخوال و خالات که ارحام امی میت هستند میرسد و دوثلث دیگر باعمام و عمات که ارحام ابی میت هستند تعلق دارد . وچون بین‌اخوال وخالات دونفر امی موجود است لذا $\frac{۱}{۳}$ از $\frac{۱}{۳}$ یعنی $\frac{۱}{۹}$ تمام ترکه باخوال امی رسیده و بین آنها بالسویه تقسیم میشود .

پس حصه هریك از دائی وخاله امی $\frac{۱}{۲}$ از $\frac{۱}{۹}$ یعنی $\frac{۱}{۱۸}$ تمام ترکه خواهد بود و $\frac{۲}{۳}$ از $\frac{۱}{۳}$ یعنی $\frac{۲}{۹}$ دیگر باخوال و خالات ابوینی رسیده بین آنها نیز بالسویه تقسیم‌می شود . پس سهم هر یك از دائی و خاله ابوینی $\frac{۱}{۲}$ از $\frac{۲}{۹}$ یعنی $\frac{۲}{۱۸}$ تمام ترکه‌میباشد

از دوثلث دیگراز تمام ترکه نیز که بارحام ابی رسیده‌است $\frac{۱}{۳}$ باید بعمو و عمه امی رسیده وبین آنهابالسویه تقسیم‌شود . پس حصه عمووعمه امی باهم $\frac{۱}{۳}$ از $\frac{۲}{۳}$ یعنی $\frac{۲}{۹}$

از تمام ترکه بوده وحصه هریك $\frac{١}{٢}$ از $\frac{٢}{٩}$ یعنی $\frac{٢}{١٨}$ تمام ترکه خواهد بود . و $\frac{٢}{٣}$ از $\frac{٢}{٣}$ یعنی $\frac{٤}{٩}$ تمام ترکه هم باید بین عمو وعمه ابوینی بارعایت قاعده وللذکر مثل حظ الانثیین تقسیم گردد . پس حصه عمو $\frac{٢}{٣}$ از $\frac{٤}{٩}$ یعنی $\frac{٨}{٢٧}$ و حصه عمه ابوینی $\frac{١}{٣}$ از $\frac{٤}{٩}$ یعنی $\frac{٤}{٢٧}$ خواهد بود .

وچون مخرج مشترك کسور فوق عبارتست از ٥٤ لذا اگر فرض کنیم که ترکه میت عبارتست از ٥٤ واحد حصه هریك از وراث بطریق ذیل خواهد بود :

دائی امی	$\frac{١}{١٨}$	از ٥٤	٣
خاله امی	$\frac{١}{١٨}$	از ٥٤	٣
دائی ابوینی	$\frac{٢}{١٨}$	از ٥٤	٦
خاله ابوینی	$\frac{٢}{١٨}$	ار ٥٤	٦
عموی امی	$\frac{٢}{١٨}$	از ٥٤	٦
عمه امی	$\frac{٢}{١٨}$	از ٥٤	٦
عموی ابوینی	$\frac{٨}{٢٧}$	از ٥٤	١٦
عمه ابوینی	$\frac{٤}{٢٧}$	از ٥٤	٨
جمع سهام			٥٤

٩٦٨ ـ بطوریکه قبلا هم مذکور گردید درهر طبقه از وراث وراث آن طبقه در درجه واحد نمیباشند و بنا براین اولاد اعمام و اخوال که از وراث طبقهٔ سوم هستند وراث درجه دوم آن طبقه بوده و بابودن اعمام و اخوال اولاد آنها ارث نمیبرند چنانکه همین ترتیب را ماده ٩٣٦ تصریح کرده و مقرر میدارد که « با وجود اعمام یا اخوال

اولاد آنها ارث نمیبرند ....» لیکن بنحویکه سابقاً بیان نمودیم یك مورد بخصوص است که از این قاعده مستثنی شده و در آن مورد پسر عمو عمو را از ارث محروم میکند وآن عبارتست از موقعی که وارث عبارت باشد از یك پسر عموی ابوینی با یك عموی ابی تنها که در این صــورت مطابق قسمت اخیر مادهٔ ۹۳۶ «پسر عمو عمــو را از ارث محروم میکند .» و مادهٔ مزبوره اضافه مینماید که « لیکن اگر با پسر عموی ابوینی خال یا خاله باشد یااعمام متعدد باشند ولو ابی تنها پسر عمو ارث نمیبرد.»

پس برای اینکه فرض مادهٔ ۹۳۶ مصداق خارجی پیدا کند باید حتماً وراث طبقه سوم عبارت باشند از یك پسر عموی ابوینی با یك عموی ابی تنها و الا اگــر بنی اعمام متعدد شدند و یا اعمام و یاخالات دیگر در بین باشد قاعدهٔ کلیه مرعی و پسر عمو از ارث محروم میباشد .

۹۶۹ ــ در هر صورت اگر برای میت نه اعمام باشد و نه اخوال مطابق قاعدهٔ که سابقاً راجع بقائم مقامی اولاد بیان کردیم اولاد آنها بمنزله اعمام ویا اخوال محسوب شده وبجای آنها ارث میبرند چنانکه مادهٔ ۹۳۷ نیز همین قاعده را اجرا کرده ومقرر میدارد که« هرگاه برای میت نه‌اعمام باشد ونه اخوال اولاد آنها بجای آنها ارث میبرند ونصیب هرنسل نصیب کسی خواهد بود که بواسطه او بمیت متصل میشود .»

نظر بمراتب فوق وچون اولاد اعمام واخوال بجای آنها ارث میبرند ، لذا باید تمام‌قواعدی که درفروض مختلفه راجعه بسهم الارث اعمام واخوال بیان گردید در مورد اولاد آنها نیز رعایت شود . بنابر این با بودن اولاد اعمام ابوینی مثلااولاد اعمام ابی تنها ارث نمی برند وهمچنین در صورت انحصار پسرعموی امی بیك نفر سدس حصهٔ که به‌بنی‌اعمام میرسد به پسر عموی امی تعلق‌میابد واگر بنی‌اعمام امی او لاداعمام امی متعدد باشند ثلث‌حصهٔ که بتمام‌بنی اعمام میرسد به‌بنی اعمام امی تعلق خواهد یافت وقس علیهذا سایر قواعد مربوطه به موضوع‌ارث اعمام واخوال . وحال برای تشریح مطالب فوق مثالی چند ذکر میکنم :

مثال اول ـ وراث میت عبارتند ازیك پسر عمو ویك دختر عموی ابوینی که‌هر دو خواهر وبرادرند ویك پسر عمه‌ویك دختر عمه‌ابوینی که آنها نیز خواهر وبرادرند . ــ دراینصورت پسر عمو ودختر عموی ابوینی که ازنسل یك نفرند حصه ارث پدر خودرا که عموی میت است خواهند بردوپسرعمه ودخترعمه ابوینی نیز که هردو ازبطن یکنفرند حصه ارث مادرخود

راکه عمه میت است خواهند برد . پس ترکه میت قبلا باید بین پسرعمو ودخترعمو ازیك طرف وپسر عمه و دختر عمه از طرف دیگر تقسیم شود وچون ارحام مزبور ارحام ابی میباشند بنابراین باید دوثلث ازترکه باولاد عمو و یك ثلث آن باولاد عمه برسد . در تقسیم دو ثلث بین اولاد عمو وهمچنین در تقسیم یك ثلث بین اولاد عمه نیز حصه ذکور دوبرابر حصه اناث خواهد بود پس $\frac{۲}{۳}$ از $\frac{۲}{۳}$ یعنی $\frac{۴}{۹}$ به پسرعمو و $\frac{۱}{۳}$ از $\frac{۲}{۳}$ یعنی $\frac{۲}{۹}$ بهدختر عمو خواهد رسید و $\frac{۲}{۳}$ از $\frac{۱}{۳}$ یعنی $\frac{۲}{۹}$ به پسرعمه و $\frac{۱}{۳}$ از $\frac{۱}{۳}$ یعنی $\frac{۱}{۹}$ به دختر عمه خواهد رسید . نظر بمراتب فوق حصه هر یك از بنی اعمام و بنی عمات بطریق ذیل میباشد

سهم پسر عمو	$\frac{۴}{۹}$	از تمام ترکه
سهم دختر عمو	$\frac{۲}{۹}$	« « «
سهم پسر عمه	$\frac{۲}{۹}$	« « «
سهم دختر عمه	$\frac{۱}{۹}$	« « «

پس اگر فرض کنیم که ترکه میت ۹ واحد بوده است سهم هریك از وراث بطریق ذیل خواهد بود :

پسر عمو	۴
دختر عمو	۲
پسر عمه	۲
دختر عمه	۱
جمع	۹

مثال دوم ــ وراث میت عبارت است از یك پسر عمو ویکدختر عموی ابوینی که هر دو خواهر و برادرند و یك پسر عمو و یك دختر عموی امی که آنها نیز خواهر وبرادرند ویك پسر دائی و یك دختر دائی ابوینی که خواهر و برادرند و یك پسر دائی و یك دختر دائی امی که آنها نیز خواهر و برادرند . ــ در این صورت قبلا باید از ترکه میت

$\frac{۱}{۳}$ به ارحام امی و $\frac{۲}{۳}$ بارحام ابی داده شود

چون در میان بنی اخوال دو نفر هستند که اولاد دائی امی بوده وباید نصیب پدر خودرا ببرند بنابراین $\frac{۱}{۶}$ از $\frac{۱}{۳}$ یعنی $\frac{۱}{۱۸}$ ترکه باید بان دو نفر رسیده و بین آنها بالسویه تقسیم شود . پس حصه هر یك از پسر و دختر دائی امی $\frac{۱}{۲}$ از $\frac{۱}{۱۸}$ یعنی $\frac{۱}{۳۶}$ ترکه خواهد بود وبقیه $\frac{۱}{۳}$ یعنی $\frac{۵}{۶}$ از $\frac{۱}{۳}$ که عبارتست از $\frac{۵}{۱۸}$ باید بین پسر دائی و دختر دائی ابوینی نیز بالسویه تقسیم شود . پس حصه هریك ازپسردائی ودختردائی ابوینی $\frac{۱}{۲}$ از $\frac{۵}{۱۸}$ یعنی $\frac{۵}{۳۶}$ ترکه خواهد بود .

و همچنین نظر باینکه در میان بنی اعمام نیز دو نفر هستند که اولاد عموی امی بوده و باید نصیب پدر خود را ببرند لذا $\frac{۱}{۶}$ از $\frac{۲}{۳}$ یعنی $\frac{۲}{۱۸}$ ترکه بایدبان دو نفر رسیده و بین آنها بالسویه تقسیم شود . پس حصه هر یك از آن ها $\frac{۱}{۲}$ از $\frac{۲}{۱۸}$ یعنی $\frac{۲}{۳۶}$ ترکه خواهد بود . و $\frac{۵}{۶}$ از $\frac{۲}{۳}$ یعنی $\frac{۱۰}{۱۸}$ که ببنی اعمام ابوینی میرسد باید بین آنها مطابق قاعده حصه ذکور دو برابر اناث تقسیم گردد . پس حصه پسر عموی ابوینی $\frac{۲}{۳}$ از $\frac{۱۰}{۱۸}$ یعنی $\frac{۲۰}{۵۴}$ و حصه دختر عموی ابوینی $\frac{۱}{۳}$ از $\frac{۱۰}{۱۸}$ یعنی $\frac{۱۰}{۵۴}$ خواهد بود .

نظر بمراتب فوق سهم هریك از وراث بقرار ذیل میباشد :

پسر دائی امی	$\frac{۱}{۳۶}$ از تمام ترکه
دختر دائی امی	$\frac{۱}{۳۶}$ » » »
پسردائی ابوینی	$\frac{۵}{۳۶}$ » » »

دختر دائی ابوینی	$\frac{۵}{۳۶}$	ازتمام ترکه
پسر عموی امی	$\frac{۲}{۳۶}$	« « «
دختر عموی امی	$\frac{۲}{۳۶}$	« « «
پسر عموی ابوینی	$\frac{۲۰}{۵۴}$	« « «
دخترعموی ابوینی	$\frac{۱۰}{۵۴}$	« « «

وچون مخرج مشترك کسور فوق ۱۰۸ است لذا اگرفرض کنیم‌که ترکه میت ۱۰۸ واحد بوده است سهم هروارث بطریق ذیل معین میشود :

پسر دائی امی	$\frac{۱}{۳۶}$	از ۱۰۸	۳
دختر دائی امی	$\frac{۱}{۳۶}$	از ۱۰۸	۳
پسر دائی ابوینی	$\frac{۵}{۳۶}$	از ۱۰۸ =	۱۵
دختر دائی ابوینی	$\frac{۵}{۳۶}$	از ۱۰۸ =	۱۵
پسر عموی امی	$\frac{۲}{۳۶}$	از ۱۰۸ =	۶
دختر عموی امی	$\frac{۲}{۳۶}$	از ۱۰۸ =	۶
پسر عموی ابوینی	$\frac{۲۰}{۵۴}$	از ۱۰۸ =	۴۰
دختر عموی‌ابوینی	$\frac{۱۰}{۵۴}$	از ۱۰۸ =	۲۰
جمع			۱۰۸

مثال سوم ـ وراث میت از قرار ذیل است :

اولاد یك‌عموی ابوینی : یك پسرویك دختر

اولاد یك عمه ابوینی : یك پسرویك دختر

اولاد یك عموی امی : یك پسر ویك دختر

اولاد یك عمه امـی : یك پسر ویك دختر

اولاد یك دائی ابوینی : یك پسر ویك دختر

اولاد یك خاله ابوینی : یك پسر ویك دختر

اولاد یك دائی امی : یك پسر ویك دختر

اولاد یك خاله امـی : یك پسر ویك دختر

در این صورت باید اول از تمام تـرکه $\frac{۱}{۳}$ باولاد اخوال و $\frac{۲}{۳}$ به‌اولاداعمام، داده شود .

وچون‌درمیان‌اولاداخوال دونسل‌هستندکه امی میباشند پس‌باید $\frac{۱}{۳}$ از $\frac{۱}{۳}$ یعنی $\frac{۱}{۹}$ ترکه بطرف امی رسیده و $\frac{۲}{۳}$ از $\frac{۱}{۳}$ یعنی $\frac{۲}{۹}$ تمام ترکه بطرف ابی برسد . و چون. خواه در طرف ابی وخواه در طرف امی تقسیم بین افراد هرنسل بالسویه خواهد بود. و درهرطرف دونسل بوده و افراد هر نسل هم عبارتست از۲ نفر لذا حصه هریك از اولاد اخوال امی $\frac{۱}{٤}$ از $\frac{۱}{۹}$ یعنی $\frac{۱}{۳٦}$ ترکـه و حصه هریك از اولاد اخوال ابـوینی. $\frac{۱}{٤}$ از $\frac{۲}{۹}$ یعنی $\frac{۲}{۳٦}$ ترکه‌خواهد بود .

و همچنین نظر باینکه در میان اولاد اعمام نیز دونسل امی هستند . پس بایـد $\frac{۱}{۳}$ از $\frac{۲}{۳}$ یعنی $\frac{۲}{۹}$ تمام ترکه بانها داده شده و بین خود بالسویه تقسیم کنند پس حصه هریك از بنی‌اعمام‌وبنی عمـات امی نیز $\frac{۱}{٤}$ از $\frac{۲}{۹}$ یعنی $\frac{۲}{۳٦}$ تمام ترکـه خواهد بود و $\frac{۲}{۳}$ از $\frac{۲}{۳}$ یعنی $\frac{٤}{۹}$ نیز باید بین دونسل ابوینی با رعایت‌قاعده وللذکرمثل‌حظ‌الانثیین‌تقسیم شود پس‌حصه‌دونفر اولادعموی ابوینی $\frac{۲}{۳}$ از $\frac{٤}{۹}$ یعنی $\frac{۸}{۲۷}$ وحصه دونفر اولاد عمه ابوینی

$\frac{۱}{۳}$ از $\frac{٤}{۹}$ یعنی $\frac{٤}{۲۷}$ ترکه خواهد بود وبالاخره چون حصهٔ که بدونفر بنی اعمام ابوینی و یا بدونفر بنی عمات ابوینی رسیده است درمیان آنها نیز باید مطابق قاعدهٔ وللذکر مثل حظ الانثیین بعمل آید لذا حصه پسر عموی ابوینی $\frac{۲}{۳}$ از $\frac{۸}{۲۷}$ یعنی $\frac{۱۶}{۸۱}$ وحصه‌دختر عموی ابوینی $\frac{۱}{۳}$ از $\frac{۸}{۲۷}$ یعنی $\frac{۸}{۸۱}$ ترکه میباشدوهمچنین‌حصه پسر عمه ابوینی $\frac{۲}{۳}$ از $\frac{٤}{۲۷}$ یعنی $\frac{۸}{۸۱}$ و حصه دختر عمه ابوینی $\frac{۱}{۳}$ از $\frac{٤}{۲۷}$ یعنی $\frac{٤}{۸۱}$ ترکه خواهدبود :

پس نظر بمراتب فوق سهم هریك از وراث شانزده گانه بطریق ذیل میباشد :

پسر دائی امی	$\frac{۱}{۳٦}$ از تمام‌ترکه
دختر دائی امی	$\frac{۱}{۳٦}$ « « «
پسر خاله امی	$\frac{۱}{۳٦}$ « « «
دختر خاله امی	$\frac{۱}{۳٦}$ « « «
پسردائی ابوینی	$\frac{۲}{۳٦}$ « « «
دختردائی ابوینی	$\frac{۲}{۳٦}$ « « «
پسر خاله ابوینی	$\frac{۲}{۳٦}$ « « «
دختر خاله‌ابوینی	$\frac{۲}{۳٦}$ « « «
پسر عموی امی	$\frac{۲}{۳٦}$ « « «
دختر عموی امی	$\frac{۲}{۳٦}$ « « «
پسر عمه امی	$\frac{۲}{۳٦}$ « « «

دختر عمه امی $\frac{۲}{۳۶}$ از تمام ترکه

پسرعموی ابوینی $\frac{۱۶}{۸۱}$ « « «

دختر عموی ابوینی $\frac{۸}{۸۱}$ « « «

پسر عمه ابوینی $\frac{۸}{۸۱}$ « « «

دختر عمه ابوینی $\frac{۴}{۸۱}$ « « «

مخرج مشترک کسور فوق بطریق ذیل بدست میاید :

$$۳۶ = ۲^{۲} \times ۳^{۲}$$

$$۸۱ = ۳^{۴}$$

پس مخرج مشترک عبارتست از $۲^{۲} \times ۳^{۴}$ یعنی $۳۲۴ = ۸۱ \times ۴$

نظر بمراتب فوق اگر فرض کنیم که ترکه میت عبارتست از ۳۲۴ واحد سهم هریک از وراث مذکور فوق بطریق ذیل معین میشود :

پسر دائی امی $\frac{۱}{۳۶}$ از $۳۲۴ = \frac{۳۱۴}{۳۶} = ۹$

دختر دائی امی « « « « « = ۹

پسر خاله امی « « « « « = ۹

دختر خاله امی « « « « « = ۹

پسردائی ابوینی $\frac{۲}{۳۶}$ « « « $\frac{۳۲۴ \times ۲}{۳۶} = ۱۸$

دختر دائی ابوینی « « « « « = ۱۸

پسر خاله ابوینی	۲/۳۶	از ۳۲۴ =	(۳۲۴×۲)/۳۶ =	۱۸
دختر خاله ابوینی	»	» » »	» =	۱۸
پسر عموی امی	»	» » »	» =	۱۸
دختر عموی امی	»	» » »	»	۱۸
پسر عمه امی	»	» » »	» =	۱۸
دختر عمه امی	»	» » »	»	۱۸
پسر عموی ابوینی	۱۶/۸۱	» » =	(۳۲۴×۱۶)/۸۱ =	۶۴
دختر عموی ابوینی	۸/۸۱	» » »	(۳۲۴×۸)/۸۱ =	۳۲
پسر عمه ابوینی	»	» » »	» =	۳۲
دختر عمه ابوینی	۴/۸۱	» »	(۳۲۴×۴)/۸۱ » =	۱۶
جمع سهام				۳۲۴

۹۷۰– چون هیچیك ازطبقات وراث نمیتوانند حاجب حرمانی زوج و زوجه‌شده و در طبقه اولی هم فقط اولاد واولاد میت میتوانند موجب حجب نقصانی آنها گردند لذا در طبقه سوم نیز هریك از زوج ویا زوجه که زنده باشد باید فرض اعلی خود را ببرد چنانکه مادهٔ ۹۳۸ همین مطلب را تصریح کرده و مقرر میدارد که « در تمام موارد مزبوره در این مبحث » یعنی مبحث راجع بسهم الارث وراث طبقه سوم « هر یك از زوجین که باشد فرض خود را از اصل ترکه میبرد و این فرض عبارتست از نصف اصل ترکه برای زوج و ربع آن برای زوجه ... »

ولی بطوریکه ضمن توضیح سهم‌الارث وراث طبقه دوم نیز ذکر نمودیم ممکن است که بواسطه ورود زوج یا زوجه ترکه میت کفایت سهم تمام وراث را ننماید . در این صورت قسمت دوم مادهٔ ۹۳۸ حل اشکال کرده و مقرر داشته است که متقربین بمادر هم یعنی ارحام مادری میت نصیب خود را از اصل ترکه میبرند و باقی ترکه مال متقرب به پدر است ، واگر نقصی هم باشد بر متقربین به پدر یعنی بارحام پدری میت وارد میشود .

پس اگر فرض کنیم که وراث میت عبارتند از شوهر و یك عمو و یك عمه و

یك دائی و یك خاله . در این صورت $\frac{۱}{۲}$ ترکه فرض شوهر و $\frac{۱}{۳}$ آن نصیب متقربین به مادر یعنی دائی و خاله است . پس باید قبلا فرض شوهر و نصیب متقربین به مادر که مجموعاً $\frac{۵}{۶}$ ترکه است موضوع و بقیه یعنی $\frac{۱}{۶}$ به عمو و عمه که متقربین بپدر میت هستند داده شود و در این صورت ملاحظه میشود که عمو و عمه باهم بجای $\frac{۲}{۳}$ فقط $\frac{۱}{۶}$ ترکه را برده و متحمل نقصی میشوند که از ورود شوهر حاصل میشود وهمین ترتیب باید در تمام شقوق متصوره در طبقه سوم وراث رعایت شده و در هر موردی که بواسطه ورود زوج یا زوجه نقصی حاصل آید نقص مزبور باید به متقربین بپدر وارد گردد .

مبحث چهارم
در سهم الارث خنثی

۹۷۱ - در مورد سهم الارث هر یك از طبقات سه گانه وراث ممکن است که یك یا چند نفر از وراث خنثی باشد و در این صورت نیز ممکن است که وارث خنثی ازجمله وراثی باشد که ذکور آنها دو برابر اناث میبرد مثل اولاد میت و یااقوام پدری او و یابر عکس از جمله وراثی باشد که سهم ذکور آنها مساوی با سهم اناث است مثل اخوه امی و یا سایر ارحام مادری .

چون در صورت دوم تشخیص اینکه بوارث خنثی باید حصه مرد برسد یا حصهٔ زن اهمیت ندارد لذا ماده ۹۳۹ نیز که تکلیف سهم الارث و ارث خنثی را معین میکند مقرر داشته است که در تمام موارد مذکوره در سه مبحث مربوط بسهم الارث طبقات سه گانه وراث « اگر وارث خنثی بوده و از جمله وراثی باشد که ذکور آنها دو برابر اناثمیبرند »
« سهم الارث او بطریق ذیل معین میشود : »

« اگر علائم رجولیت غالب باشد سهم الارث یك پسر از طبقه خود و اگر علائم»
«اناثیت غلبه داشته باشد سهم الارث یك دختر از طبقه خود را میبرد. و اگر هیچیك »
« از علائم غالب نباشد نصف مجموع سهمالارث یك پسر و یك دختر از طبقه خود »
«را خواهد برد . »

پس اگر فرض کنیم که وارث میت عبارتست از سه فرزند که یکی پسر و دومی دختر وسومی خنثی است هرگاه در فرزند خنثی علائم رجولیت غالب باشد تقسیم ترکه مثل صورتی میشود که میت دوپسر ویك دختر دارد واگر برعکس علائم انائیت غلبه داشته باشد تقسیم ترکه مثل موردی خواهد بود که ورثه میت عبارت باشد ازیك پسر و دو دختر و بالاخره اگر هیچیك از علائم غالب نباشد ترکه میت بطریق ذیل تقسیم میشود .

حصه پسر باید دو برابر حصه دختر باشد وحصه خنثی باید نصف مجموع حصه پسر و دختر پس اگر فرض کنیم که حصه دختر ۲ واحد استحصه پسر ۲ × ۲ یعنی ۴ و حصه‌خنثی $\frac{۴ + ۲}{۲}$ یعنی ۳ واحدخواهد بود . بنابراین‌مجموع حصص عبارتست از ۲ + ۴ + ۳ = ۹ پس ترکه باید به ۹ قسمت تقسیم شده ۲ قسمت بدختر و ۴ قسمت به‌پسر و ۳ قسمت به خنثی داده شود .

مبحث پنجم

درمیراث زوج و زوجه

۹۷۲ - زوج‌وزوجه باتمام طبقات‌سه‌گانه وراث شرکت در ارث نموده وحسب‌المورد فرض اعلی یافرض ادنی خودرا میبرند و این فرض که قبلا هم معین و مذکور شده است عبارتست از ثمن ترکه برای زوجه وربع برای زوج در صورتی که برای میت اولاد یااولاد اولاد باشد واز ربع ترکه برای زوجه ونصف آن برای زوج در صورتی که‌میت اولاد یا اولاد اولاد نداشته باشد .

ماده ۹٤۱ نیز که مربوط باین موضوع است بمندرجات مواد قبل رجوع کرده‌و مقرر میدارد که « سهم الارث زوج وزوجه از ترکه یکدیگر بطوری است که‌در مواد ۹۱۳ و ۹۲۷ و ۹۳۸ ذکر شده است . »

۹۷۳ - زوج وزوجه که ازیك دیگر ارث میبرند زن و شوهری هستند که علقه زوجیت بین آنها دراثر نکاح دائم بوده وممنوع از ارث هم نباشند . بنابر این‌زوجه منقطعه از شوهر خود ، وشوهر ازصیغه خود ارث نمیبرد ، وهمچنین زنی‌که‌قاتل شوهر خودباشد از شوهر ، و شوهری‌که قاتل زن خودباشد اززن خود ارث نمیبرد . چنانکه ماده ۹٤۰ همین نکته‌را تصریح کرده ومقرر میدارد که «زوجین که زوجیت آنها دائمی بوده وممنوع از

ارث نباشند از یکدیگر ارث میبرند .»

۹۷۴ - وارث بودن زن وشوهر نسبت بیکدیگر مادامی است که علقه زوجیت آنها کاملا قطع نشده است، بنابر این درصورتی هم که بین زن وشوهر تفرقه حاصل شده باشد ولی طلاق طلاق رجعی بوده و هنوز برای شوهر حق رجوع باقی باشد، توارث نیز باقی بوده وزوجین از یکدیگر ارث میبرند، چه‌در طلاق رجعی مادام که‌مدت عده منقضی نشده است علقه زوجیت کاملا قطع نمیشود . چنانکه دراین موضوع ماده ۹۴۳ مقرر میدارد که «اگر شوهر زن خودرا بطلاق رجعی مطلقه کند هریك از آنها که قبل‌از انقضاء عده بمیرد دیگری ازاو ارث میبرد ...) وچون انقضاء مدت عده وهمچنین طلاق بائن‌علقه زوجیت را کاملا قطع مینماید لذا ماده مزبوره اضافه مینماید که « لیکن اگر فوت یکی از آنها بعداز انقضاء عده بوده ویاطلاق بائن باشد از یکدیگر ارث نمیبرند .»

باوجود مراتب‌فوق دو مورد است که‌از حکم کلی مستثنی شده ودر یکی زن ازشوهرخود ارث میبرد اگرچه مطلقه بطلاق بائن باشد و در دیگری زن ازشوهر خود ارث نمیبرد اگرچه مطلقه هم نباشد .

۹۷۵ - موردی که‌زن از شوهر خود ارث میبرد اگرچه مطلقه بطلاق بائن‌باشد موردی است که بموجب ماده ۹۴۴ پیش بینی شده است . چه ماده مزبوره مقرر میدارد که « اگر شوهردرحال مرض زن‌خود راطلاق‌دهد ودرظرف یکسال ازتاریخ طلاق‌بهمان‌مرض بمیرد زوجه ازاو ارث میبرد اگر چه طلاق بائن باشد مشروط براینکه زن شوهر نکرده باشد.» پس مطابق این ماده برای اینکه زن‌در صورت مطلقه بطلاق بائن بودن‌هم بتواند از شوهر سابق خود ارث ببرد وجود سه شرط لازم است :

۱ - طلاق درحال مرض شوهر واقع‌شده باشد

۲ - شوهر در ظرف یکسال از تاریخ طلاق بهمان مرض بمیرد

۳ - زن شوهر نکرده باشد

۹۷۶ - موردی که زن از شوهر خود ارث‌نمیبرد اگرچه مطلقه نباشد موردی است‌که بموجب ماده ۹۴۵ پیش بینی شده است . چه مطابق ماده مزبوره « اگر مردی درحال مرض زنی‌را عقد کند و درهمان مرض قبل از دخول بمیرد زن ازاو ارث نمیبرد . لیکن اگر بعد از دخول یا بعد از صحت یافتن از آن مرض بمیرد زن ازاو ارث میبرد .»

پس برای اینکه این مورد نیز مصداق‌خارجی پیدا کند وجود دو شرط لازم‌است :
۱ - عقد در حال مرض باشد
۲ - موت در اثر همان مرض و قبل از هم بستری حادث شود
اگر بمستثنیات مذکوره‌فوق‌درست دقت کنیم‌ملاحظه خواهیم کرد که قانون نخواسته است بطلاق یا نکاحی‌که یکنفر مرد در حال مرض واقع میسازد از حیث حق وراثت زن همان اثراتی را مترتب نماید که بطلاق و یابنکاح صحیح مترتب‌میشود . چه در اینصورت فرض میشود که اقدام مرد دراثر مرض بوده و مبتنی بتفکر وتعمق کامل نبوده است وبهمین جهت است که اگر اماراتی پیدا شود مشعر بر اینکـه مرد در اقدام خود راسخ بوده‌و آنرا فقط دراثر مرض بعمل نیاورده است فرض مزبور از بین رفته و به طلاق یا نکاح واقع در حال مرض از حیث وراثت نیز همان‌اثراتی مترتب میشودکه بیك طلاق‌ویابیك نکاح صحیح مترتب میشود . مثلا در صورت طلاق اگر یکسال از تاریخ طلاق بگذرد ، یازن شوهر کند و یابالاخره مرد در ظرف یکسال‌از مرض خود صحت‌بیابد طلاق مزبور ازحیث وراثت زن‌هـم اثـرات طلاق واقع در حـال صحت را بخشیده و زن از شوهـر خـود که اورا طلاق داده است ارث نمیبرد ، همچنین در صورت نکاح در حال مرض اگرمرد با زن خود هم بستر شود و یا از همان مرض صحت یافته و معذلك زن خود را طلاق ندهد فرض میشود که مرد در اقدام خود متعمدبوده و آنرا از روی تعمق بعمل آورده است و بنابر این زن از شوهر خود ارث میبرده و در هرحال چون موردی که‌بموجب ماده ۹٤٤ و ۹٤٥ پیش بینی شده است استثناء ازقاعده کلی است لذا باید فقط در موضوع منصوص خود رعایت گردد بنا بر این در موردماده ۹٤٤ مثلا فقط زن از شوهر خود ارث می برد و بر عکس اگرزن مطلقه بطلاق بائن زودتر از شوهر خود بمیرد اگر چه شوهر هم نکرده‌باشد شوهر ازاو ارث نمیبرد .

۹۷۷ - بطوریکه قبلا ذکـر نمودیم فرض زن از ترکه شوهر خود ثمن یا ربع ترکه است . ولی اگر یکنفر زوجات متعدد داشته باشد هریك از آنها ثمن‌ویا ربع ترکه را نمیبرد بلکه همان ثمن یا ربع بین آنها بالسویه تقسیم میشود چنانکه ماده ۹٤۲همین نکته را تصریح کرده و مقرر داشته است که « درصورت‌تعدد زوجات ربع یاثمن ترکـه که تعلق بزوجه دارد بین همه آنان بالسویه تقسیم میشود . »

۹۷۸ – حال باید ببینیم که فرض زوج ازچه اموالی حساب میشود و فرض زوجه ازچه اموالی است . در این مورد قانون بین شوهر و زن فرق کلی قائل شده وبموجب ماده ۹۴۶ مقرر داشته است که « زوج از تمام اموال زوجه ارث میبرد لیکن زوجه از اموال ذیل :

۱ – از اموال منقوله ازهر قبیل که باشد

۲ – از ابنیه و اشجار . »

پس مطابق ماده فوق زن فقط از اموال منقوله واز ابنیه و اشجار متعلق بشوهر خود ارث میبرد و دیگر از اراضی وعرصه عمارات واملاك مزروعی و غیره ارث نمیبرد حتی در مورد ابنیه و اشجار هم حق الارث زن ازقیمت آنها داده می شود و نه از عین آنها .

۹۷۹ – حکم اخیر یعنی حکمی که بموجب آن زن ازقیمت ابنیه واشجار ارث میبرد و نه از عین آنها بموجب ماده ۹۴۷ مقرر شده است ومادهٔ مزبوره بعد از تصریح باین نکته طریقه تقویم ابنیه و اشجار را هم معین نموده و مقرر میدارد که « طریقه تقویم آن است که ابنیه و اشجار با فرض استحقاق بقاء درزمین بدون اجرت تقویم می گردد . »

توضیح آنکه ابنیه و اشجار را سه قسم میشود قیمت کرد :

اول – آنکه بنایا درخت در زمین باقی مانده وبرای بقاء درزمین اجرتی داده نخواهد شد

دوم – آنکه بنایا درخت در زمین باقی مانده ولی برای بقاءدرزمین اجرتی داده خواهد شد

سوم – آنکه بنایا درخت باید خراب ویا انداخته شود .

وبدیهی است که در صورت اول قیمت بنا یا درخت بیشتر ازدو صورت دوم خواهد بود وبرای آنکه بزن متوفی ضرر بیشتری متوجه نشود ماده ۹۴۷ مقرر داشته است که ابنیه واشجار باید « بافرض استحقاق بقاء در زمین بدون اجرت تقویم گردد . »

۹۸۰ – درصورتیکه بعداز تقویم سایر وراث نخواهند حصه زن را از قیمت ابنیه واشجار تادیه نمایند ماده ۹۴۸ مقرر میدارد که در چنین صورت « زن میتواند حق خودرا از عین آنها استیفا نماید . »

۹۸۱ – بالاخره در مورد میراث زن وشوهر ماده ۹۴۹ مقرر میدارد که « در صورت نبودن هیچ وارث دیگری بغیر از زوج یازوجه شوهر تمام ترکه زن متوفاة خود را میبرد لیکن زن فقط نصیب خودرا وبقیه ترکه شوهر درحکم مال اشخاص بلا وارث وتابع مقررات ماده ۸۶۶ خواهد بود . »

کتاب سوم

در مقررات مختلفه

۹۸۲ - غالب احکامی که‌در قانون مدنی ذیل عنوان مقررات مختلفه بیان شده‌است مطالبی است‌که بایستی در ابواب و فصول دیگر قانون قید شده باشد چنانکه ما هم مطالب مزبوره رادر موقع خود بیان نمودیم (نمره ۳۷ و ۷۰ ملاحظه شود) وتنها مادهٔ که بدون توضیح مانده عبارت است از ماده ۹۵۵ که بموجب آن « مقررات این قانون » یعنی قانون مدنی « در مورد کلیه اموری که قبل از این قانون واقع شده معتبر است . » مادهٔ مزبوره ظاهراً حکمی راکه بموجب قسمت اخیر مادهٔ ٤ قانون مدنی اتخاذ شده است اعمال کرده وبموجب مقررات خاصی قانون مدنی‌را عطف بماسبق مینماید ولی اگر درست دقت گردد ملاحظه خواهدشد‌که احکام قانون مدنی عطف بماسبق نشده است چه مقررات مندرجه در این قانون احکام و مقرراتی است که قبل ازاین قانون هم معمول ومتداول بوده و محاکم آنرا بموقع اجرا میگذاشتند منتهای مراتب قانون مدنی احکامی راکه قبلا موجود بود بطرز منظم ومرغوبی تدوین کرده است پس حقیقتاً نمی شود گفت که‌مقررات قانون مدنی عطف بماسبق شده است چه معطوف بما سبق بودن وقتی است که حکم قانون امر جدیدی را انشاء کرده وآنرا نسبت بما قبل خود نیزمؤثر قرار دهد در صورتیکه قانون مدنی از احکام موجود سابق اخبار نموده وبهیچوجه‌بمقام انشاء حکم جدید برنیامده است تا معطوف بماسبق هم بشود .

*

فهرست

صفحه

کتاب اول

صفحه

صفحه

صفحه

قسمت چهارم

صفحه

قسمت پنجم

کتاب سوم

فهرست

مواد قانون مدني

بامراجعه به نمرات این کتاب که هریك ازمواد مختلفه در تحت آن نمره توضیح شده است

ماده	نمره	ماده	نمره	ماده	نمره
١	٤	١٩	٥١	٣٧	٦٤
٢	٥ ومابعد	٢٠	٥٣	٣٨	١٩٨
٣	٥ ومابعد	٢١	٥٢	٣٩	١٩٩
٤	١٢ ومابعد	٢٢	٥٢	٤٠	٦٥
٥	٢٦ ومابعد	٢٣	٥٥	٤١	٦٦
٦	٢٦ ومابعد	٢٤	٥٦	٤٢	٦٦
٧	٢٦ ومابعد	٢٥	٥٧	٤٣	٦٦
٨	٢٦ ومابعد	٢٦	٥٨ و ٥٩	٤٤	٦٦
٩	٣١	٢٧	٦٠	٤٥	٦٧
١٠	٣٠ و ٢٥٧	٢٨	٦١	٤٦	٦٨
١١	٣٧	٢٩	٦٢	٤٧	٦٨ مكرر
١٢	٣٨	٣٠	٦٣	٤٨	٦٩
١٣	٤١ ومابعد	٣١	٦٣	٤٩	٧١
١٤	٤٤	٣٢	١٥١	٥٠	٧٥
١٥	٤٥	٣٣	١٥١و١٩٠ومابعد		
١٦	٤٦ و ٤٧	٣٤	١٥١و١٩٧	٥١	٧٣
١٧	٤٨ و٤٩	٣٥	٦٤	٥٢	٧٢
١٨	٥٠	٣٦	٦٤	٥٣	٧٤

ماده	نمره	ماده	نمره	م ده	نمره
٥٤	٧٥	٧٦	٩٣	٩٨	١٢١
٥٥	٧٧	٧٧	٩٤	٩٩	١١٤
٥٦	٧٨ و ٨٠	٧٨	١٠٠	١٠٠	١١٨
٥٧	٧٩	٧٩	٩٥	١٠١	١١٦
٥٩	٨٣	٨٠	٩٦	١٠٢	١١١ و١٢٢
٦٠	٨٣	٨١	٩٩	١٠٣	١٢٢
٦١	٨٤	٨٢	٩٧	١٠٤	١١٥
٦٢	٨٤	٨٣	٩٨	١٠٥	١١٧
٦٣	٨١	٨٤	١٠٢	١٠٦	١١٦
٦٤	٨١	٨٥	١٠٣	١٠٧	١١٩
٦٥	٨٢	٨٦	١٠١	١٠٨	١٢١
٦٦	٨٧	٨٧	١٠٠	١٠٩	١٢٥
٦٧	٨٥	٨٨	١٠٥	١١٠	١٢٦ و١٢٧
٦٨	٨٦	٨٩	١٠٦	١١١	١٢٨
٦٩	٨٨	٩٠	١٠٧	١١٢	١٢٦
٧٠	٨٨	٩١	١٠٤	١١٣	١٢٩
٧١	٨٩	٩٢	١٠٨	١١٤	١٣٠
٧٢	٩٠	٩٣	١١٠	١١٥	١٣١
١٣	٩١	٩٤	١١٣	١١٦	١٣١
٧٤	٩١	٩٥	١١٣	١١٧	١٣٣
٧٥	٩٢	٩٦	٢٠١	١١٨	١٣٤
		٩٧	١٢٣	١١٩	١٣٥

ماده	نمره	ماده	نمره	ماده	نمره
١٢٠	١٣٥	١٤٢	١٥٦	١٦٦	١٧٤
١٢١	١٣٥	١٤٣	١٥٤	١٦٧	١٧٤
١٢٢	١٤٥	١٤٤	١٥٧	١٦٨	١٧٥
١٢٣	١٣١	١٤٥	١٥٨	١٦٩	١٧٦
١٢٤	١٣٦	١٤٦	١٥٩	١٧٠	١٧٧
١٢٥	١٤٠	١٤٨	١٦٢	١٧١	١٧٨
١٢٦	١٣٨	١٤٩	١٦٢	١٧٢	١٧٩
١٢٧	١٣٩	١٥٠	١٦٣	١٧٣	١٨٠
١٢٨	١٤١	١٥١	١٦٤	١٧٤	١٨١
١٢٩	١٤١	١٥٢	١٦٤	١٧٥	١٨٢
١٣٠	١٤٤	١٥٣	١٦٥	١٧٦	١٨٢
١٣١	١٤٢	١٥٥	١٦٦	١٧٧	١٨٣
١٣٢	١٤٣	١٥٦	١٦٦	١٧٨	١٨٤
١٣٣	١٤٤	١٥٧	١٦٧	١٧٩	١٨٥
١٣٤	١٤٦	١٥٨	١٦٦	١٨٠	١٨٦
١٣٥	١٣٧	١٥٩	١٦٩	١٨١	١٨٨
١٣٦	١٤٧	١٦٠	١٥٦	١٨٢	١٨٧
١٣٧	١٤٩	١٦١	٢٠٠	١٨٣	٢٠٢
١٣٨	١٤٩	١٦٢	١٧٠	١٨٤	٢٠٦
١٣٩	١٤٨	١٦٣	١٧١	١٨٥	٢٠٧
١٤٠	١٥٠ و مابعد	١٦٤	١٧١	١٨٦	٢٠٨
١٤١	١٥٥	١٦٥	١٧٣	١٨٧	٢٠٩

ماده	نمره	ماده	نمره	ماده	نمره
١٨٨	٢١٠	٢١٢	٢٤٦	٢٣٥	٢٧٩
١٨٩	٢١١ و ٢١٢	٢١٣	٢٤٦	٢٣٦	٢٨٠
١٩٠	٢١٤	٢١٤	٢٤٧	٢٣٧	٢٨١
١٩١	٢١٨	٢١٥	٢٥٠	٢٣٨	٢٨٢
١٩٢	٢٠٩	٢١٦	٢٥١	٢٣٩	٢٨٣
١٩٣	٢٢٠	٢١٧	٢٥٤	٢٤٠	٢٨٤
١٩٤	٢٢٣	٢١٨	٢٥٥	٢٤١	٢٨٥
١٩٥	٢١٥	٢١٩	٢٥٧	٢٤٢	٢٨٥
١٩٦	٢٢٢	٢٢٠	٢٥٨	٢٤٣	٢٨٦
١٩٨	٢٢١	٢٢١	٢٦٢	٢٤٤	٢٨٧
١٩٩	٢٢٦	٢٢٢	٢٧١	٢٤٥	٢٨٨
٢٠٠	٢٣٠	٢٢٣	٢٥٩	٢٤٦	٢٨٩
٢٠١	٢٣٢	٢٢٤	٢٦٠	٢٤٧	٢٩٠
٢٠٢	٢٣٥	٢٢٥	٢٦١	٢٤٨	٢٩١
٢٠٣	٢٣٨	٢٢٦	٢٦٧	٢٤٩	٢٩٢
٢٠٤	٢٤٠	٢٢٧	٢٦٥	٢٥٠	٢٩٣
٢٠٥	٢٣٧	٢٢٩	٢٦٥	٢٥١	٢٩٤
٢٠٦	٢٣٩	٢٣٠	٢٦٨	٢٥٢	٢٩٥
٢٠٨	٢٤١	٢٣١	٢٦٩ و ٢٧١	٢٥٣	٢٩٦
٢٠٩	٢١٦	٢٣٢	٢٧٤	٢٥٤	٢٩٧
٢١٠	٢٤٢	٢٣٣	٢٧٣	٢٥٥	٢٩٨
٢١١	٢٤٢ و مابعد	٢٣٤	٢٧٨,٢٧٧,٢٧٦	٢٥٦	٢٩٨

ماده	نمره	ماده	نمره	ماده	نمره
٢٥٧	٢٩٩	٢٧٩	٣١٧	٣٠٣	٣٩٦
٢٥٨	٣٠٠	٢٨٠	٣١٩	٣٠٤	٣٩٧
٢٥٩	٣٠١	٢٨١	٣٢٠	٣٠٥	٣٩٧
٢٦٠	٣٠٣	٢٨٢	٣٢١	٣٠٦	٣٩٨
٢٦١	٣٠٢	٢٨٣	٣٢٤	٣٠٧	٤٠١
٢٦٢	٣٠٢	٢٨٤	٣٢٥	٣٠٨	٤٠٢
٢٦٣	٣٠١	٢٨٥	٣٢٦	٣٠٩	٤٠٢
٢٦٤	٣٠٤	٢٨٦	٣٢٧	٣١٠	٤٠٣
٢٦٥	٣٠٥	٢٨٧	٣٢٨	٣١١	٤٠٤
٢٦٦	٣٠٦	٢٨٨	٣٢٩	٣١٢	٤٠٥
٢٦٧	٣٠٧	٢٨٩	٣٣٠	٣١٣	٤١٧
٢٦٨	٣٠٨	٢٩٠	٣٣١	٣١٤	٤٠٦
٢٦٩	٣٠٩	٢٩١	٣٣٢	٣١٥	٤٠٣
٢٧٠	٣١٠	٢٩٢	٣٣٣	٣١٦	٤٠٧
٢٧١	٣١٢	٢٩٣	٣٣٨	٣١٧	٤٠٨
٢٧٢	٣١٢	٢٩٥	٣٤٠	٣١٨	٤٠٩
٢٧٣	٣١٢ و ٣٢٢	٢٩٦	٣٤٠	٣١٩	٤١٠
٢٧٤	٣١٢	٢٩٨	٣٤٣	٣٢٠	٤١١
٢٧٥	٣١٤	٢٩٩	٣٤٥	٣٢١	٤١٢
٢٧٦	٣٢٣	٣٠٠	٣٤٨	٣٢٢	٤١٣
٢٧٧	٣١٥	٣٠١	٣٩٤	٣٢٣	٤١٤
٢٧٨	٣١٦	٣٠٢	٣٩٥	٣٢٤	٤١٥

ماده	نمره	ماده	نمره	ماده	نمره
٣٢٥	٤١٥	٣٤٧	٤٣٢	٣٦٩	٤٥٣
٣٢٦	٤١٥	٣٤٨	٤٣٤و٤٣٥	٣٧٠	٤٥٤
٣٢٧	٤١٦	٣٤٩	٤٣٤و٤٣٥	٣٧١	٤٥٤
٣٢٨	٤١٨	٣٥٠	٤٤٠	٣٧٢	٤٥٤
٣٢٩	٤١٩	٣٥١	٤٤٠	٣٠٣	٤٥٥
٣٣٠	٤٢٠	٣٥٢	٤٣٤و٤٠٥	٣٧٤	٤٥٦
٣٣١	٤٢١	٣٥٣	٤٣٧	٣٧٥	٤٥٧
٣٣٢	٤٢٣	٣٥٤	٤٤١	٣٧٦	٤٥٨
٣٣٣	٤٢٢	٣٥٥	٤٦٣	٣٧٧	٤٥٨و٤٥٩
٣٣٤	٤٢٢	٣٥٦	٤٤٢و٤٤٣	٣٧٨	٤٥٩
٣٣٥	٤٢٢	٣٥٧	٤٤٢و٤٤٣	٣٧٩	٥١٧
٣٣٦	٣٩٩	٣٥٨	٤٤٣	٣٨٠	٤٦٠
٣٣٧	٤٠٠	٣٥٩	٤٤٤	٣٨١	٤٦١
٣٣٨	٤٢٥	٣٦٠	٤٤٥	٣٨٢	٤٦٢
٣٣٩	٤٢٧	٣٦١	٤٤٦	٣٨٣	٤٦٢
٣٤٠	٤٢٨	٣٦٢	٤٤٧و٤٥٠	٣٨٤	٤٦٥
٣٤١	٤٢٩	٣٦٣	٤٤٨	٣٨٥	٤٦٤
٣٤٢	٤٣٦و٤٣٨	٣٦٤	٤٤٩	٣٨٦	٤٦٦
٣٤٣	٤٣٩	٣٦٥	٤٥٠	٣٨٧	٤٥١
٣٤٤	٤٣٠	٣٦٦	٤٥٠	٣٨٨	٤٦٧
٣٤٥	٤٣١	٣٦٧	٤٥٢	٣٨٩	٤٦٧
٣٤٦	٤.٣	٣٦٨	٤٥٢	٣٩٠	٤٦٨

ماده	نمره	ماده	نمره	ماده	نمره
٣٩١	٤٦٩	٤١٣	٤٩١	٤٣٥	٤٩٣
٣٩٢	٤٦٩ و ٤٧٠	٤١٤	٤٩٢	٤٣٦	٥٠٨
٣٩٣	٤٧١	٤١٥	٤٩٣	٤٣٧	٥٠٩
٣٩٤	٤٧٢	٤١٦	٤٩٤	٤٣٨	٥١٠
٣٩٥	٤٧٣	٤١٧	٤٩٤	٤٣٩	٥١١
٣٩٦	٤٧٥	٤١٨	٤٩٦	٤٤٠	٤١٢
٣٩٧	٤٧٦	٤١٩	٤٩٥	٤٤١	٥١٣
٣٩٨	٤٧٧	٤٢٠	٤٩٧	٤٤٢	٥١٤
٣٩٩	٤٧٨	٤٢١	٤٩٧	٤٤٣	٥١٥
٤٠٠	٤٨٠	٤٢٢	٤٩٨ و ٥٠٢	٤٤٤	٥١٦
٤٠١	٤٧٩	٤٢٣	٤٩٨	٤٤٥	٥١٩
٤٠٢	٤٨١	٤٢٤	٥٠٠	٤٤٦	٥٢٠
٤٠٣	٤٨٤	٤٢٥	٤٩٩	٤٤٧	٥٢١
٤٠٤	٤٨٤	٤٢٦	٥٠١	٤٤٨	٥٢٢
٤٠٥	٤٨٦	٤٢٧	٥٠٣	٤٤٩	٥٢٣
٤٠٦	٤٨١	٤٢٨	٥٠٤	٤٥٠	٥٢٤
٤٠٧	٤٨٦	٤٢٩	٥٠٥	٤٥١	٥٢٥
٤٠٨	٤٨٤	٤٣٠	٤٩٩	٤٥٢	٥٢٦
٤٠٩	٤٨٧	٤٣١	٥٠٦	٤٥٣	٥٢٩
٤١٠	٤٨٨	٤٣٢	٥٠٦	٤٥٤	٥٢٧
٤١١	٤٨٩	٤٣٣	٥٠٦	٤٥٥	٥٢٨
٤١٢	٤٩٠	٤٣٤	٥٠٧	٤٥٦	٥٣١

ماده	نمره	ماده	نمره	ماده	نمره
٥٢٣	٥٩٩	٥٤٥	٦٠٩	٥٦٧	٦٢٧
٥٢٤	٦٠٠	٥٤٦	٦١١	٥٦٨	٦٢٧
٥٢٥	٦٠١	٥٤٧	٦١٢	٥٦٩	٦٢٨
٥٢٦	٦٠٢	٥٤٨	٦١٣	٥٧٠	٦٢٦
٥٢٧	٦٠١	٥٤٩	٦١٤	٥٧١	٦٣١
٥٢٨	٦٠٢	٥٥٠	٦١٥	٥٧٢	٦٣٢
٥٢٩	٦٠١	٥٥١	٦ ٦	٥٧٣	٦٣٣
٥٣٠	٦٠١	٥٥٢	٦١٥	٥٧٤	٦٣٤
٥٣١	٥٩٧	٥٥٣	٦١٧	٥٧٥	٦٣٥
٥٣٢	٥٩٥	٥٥٤	٦٢٠	٥٧٦	٦٣٦
٥٣٣	٠٩٦	٥٥٥	٦١٧	٥٧٧	٦٣٧
٥٣٤	٦٠٢	٥٥٦	٦١٨	٥٧٨	٦٤٣
٥٣٥	٦٠٤	٥٥٧	٦١٩	٥٧٩	٦٣٨
٥٣٦	٦٠٤	٥٥٨	٦١٨	٥٨٠	٦٣٨
٥٣٧	٦٠٠	٥٥٩	٦٢١	٥٨١	٦٤٠
٥٣٨	٦٠٣	٥٦٠	٦٢٢	٥٨٢	٦٣٩
٥٣٩	٦٠٣	٥٦١	٦٢٣	٥٨٣	٦٤٢
٥٤٠	٦٠٥	٥٦٢	٦٢٣	٥٨٤	٦٣٧
٥٤١	٦٠٦	٥٦٣	٦٢٥	٥٨٥	٦٤
٥٤٢	٦٠٧	٥٦٤	٦٢٤	٥٨٦	٦٤٤
٥٤٣	٦٠٨	٥٦٥	٦٢٩	٥ ٧	٦٤٥
٥٤٤	٦١٠	٥٦٦	٦٣٠	٥٨٨	٦٤٥

ماده	نمره	ماده	نمره	ماده	نمره
٥٨٩	٦٤٦	٦١١	٦٦٥	٦٣٣	٦٨٧
٥٩٠	٦٤٩	٦١٢	٦٦٧	٦٣٤	٦٨٨
٥٩١	٦٤٦	٦١٣	٦٦٨	٦٣٥	٦٨٩
٥٩٢	٦٤٧	٦١٤	٦٦٩	٦٣٦	٦٩٠
٥٩٣	٦٤٨	٦١٥	٦٧٠	٦٣٧	٦٩٠
٥٩٤	٦٥١	٦١٦	٦٧٩	٦٣٨	٦٩١
٥٩٥	٦٤٦	٦١٧	٦٧١	٦٣٩	٦٩١
٥٩٦	٦٥٠	٦١٨	٦٧٢	٦٤٠	٦٩٣
٥٩٧	٦٥٢	٦١٩	٦٧٤	٦٤١	٦٩٣
٥٩٨	٦٥٣	٦٢٠	٦٧٥	٦٤٢	٦٩٤
٥٩٩	٦٥٤	٦٢١	٦٧٦	٦٤٣	٦٩٤
٦٠٠	٦٥٥	٦٢٢	٦٧٧	٦٤٤	٦٩٥
٦٠١	٦٥٦	٦٢٣	٦٧٨	٦٤٥	٦٩٧
٦٠٢	٦٥٧	٦٢٤	٦٨٠	٦٤٦	٦٩٩
٦٠٣	٦٥٨	٦٢٥	٦٨١	٦٤٧	٦٩٨
٦٠٤	٦٥٩	٦٢٦	٦٨٣	٦٤٨	٧٠١
٦٠٥	٦٦٠	٦٢٧	٦٨٤	٦٤٩	٧٠٢
٦٠٦	٦٦١	٦٠٨	٦٨٢	٦٥٠	٧٠٣
٦٠٧	٦٦٢	٦٢٩	٦٨٢	٦٥١	٧٠١
٦٠٨	٦٦٣	٦٣٠	٦٨٢	٦٥٢	٧٠٤
٦٠٩	٦٦٤	٦٣١	٦٧٩	٦٥٣	٧٠٥
٦١٠	٦٦٤	٦٣٢	٦٨٦	٦٥٤	٧٠٦ و٧٠٧

ماده	نمره	ماده	نمره	ماده	نمره
٦٥٥	٧٠٦و٧٠٨	٦٧٦	٧٢٤	٦٩٨	٧٣٦ ومابعد
٦٥٦	٧٠٩	٦٧٧	٧١٢	٦٩٩	٧٤٩
٦٥٧	٧١٠	٦٧٨	٧٢٥	٧٠٠	٧٤٩
٦٥٨	٧١٠	٦٧٩	٧٠٦	٧٠١	٧٥٢
٦٥٩	٧١٢	٦٨٠	٧٢٦	٧٠٢	٧٥٣
٦٦٠	٧١٣	٦٨١	٧٢٨	٧٠٣	٧٥٣
٦٦١	٧١٣	٦٨٢	٧٣١	٧٠٤	٧٥٤
٦٦٢	٧١٠	٦٨٣	٧٢٧و٧٣٣	٧٠٥	٧٥٤
٦٦٣	٧١٣	٦٨٤	٧٣٦ و مابعد	٧٠٦	٧٥٣
٦٦٤	٧١٤	٦٨٥	٧٣٩	٧٠٧	٧٥١
٦٦٥	٧١٤	٦٨٦	٧٣٨	٧٠٨	٧٥٥
٦٦٦	٧١٧	٦٨٧	٧٣٩	٧٠٩	٧٥٦
٦٦٧	٧١٧	٦٨٨	٧٤٦	٧١٠	٧٥٨
٦٦٨	٧٢٠	٦٨٩	٧٦٤	٧١١	٧٦١
٦٦٩	٧١٨	٦٩٠	٧٤١	٧١٢	٧٥٨
٦٧٠	٧١٨	٦٩١	٧٤٠	٧١٣	٧٥٩ و ٧٦٠
٦٧١	٧١٥	٦٩٢	٧٤٥	٧١٤	٧٦٠
٦٧٢	٧١٩	٦٩٣	٧٤٨	٧١٥	٧٥٩
٦٧٣	٧١١	٦٩٤	٧٤٢	٧١٦	٧٥٩
٦٧٤	٧٢٢	٦٩٥	٧٤٣	٧١٧	٧٦١
٦٧٥	٧٢٣	٦٩٦	٧٤٤	٧١٨	٧٥٩ و ٧٦٠
		٦٩٧	٧٤٧	٧١٩	٧٥٩و٧٦٠

ماده	نمره	ماده	نمره	ماده	نمره
٧٢٠	٧٥٧	٧٤٢	٧٠٢	٧٦٥	٧٩٧ و ٨٠٠
٧٢١	٧٦٣	٧٤٣	٧٨٢	٧٦٦	٨٠١
٧٢٢	٧٦٦	٧٤٤	٧٠٣	٧٦٧	٧٩٧ و ٧٩٩
٧٢٣	٧٥٠	٧٤٥	٧٨٤	٧٦٨	٨٠٣
٧٢٤	٧٦٧ و ٧٦٨	٧٤٦	٧٨٥	٧٦٩	٨٠٤
٧٢٥	٧٧٠	٧٤٧	٧٨٥	٧٧٠	٨٠٤
٧٢٦	٧٦٨	٧٤٨	٧٨٦	٧٧١	٨٠٥
٧٢٧	٧٦٩	٧٤٩	٧٨٧	٧٧٢	٨٠٦
٧٢٨	٧٧٣	٧٥٠	٧٨٨	٧٧٣	٨٠٧
٧٢٩	٧٧٤	٧٥١	٧٨٩	٧٧٤	٨٠٨
٧٣٠	٧٧١	٧٥٢	٧٩٠	٧٧٥	٨١١
٧٣١	٧٧٢	٧٥٣	٧٩٢	٧٧٦	٨١٢
٧٣٢	٧٧٥	٧٥٤	٧٩٤	٧٧٧	٨١٣
٧٣٣	٧٧٦	٧٥٥	٧٩٣	٧٧٨	٨١٣
٧٣٤	٧٧٧	٧٥٦	٧٩٤	٧٧٩	٨٠٤
٧٣٥	٧٧٨	٧٥٧	٨٠٢	٧٨٠	٨١٥
٧٣٦	٧٧٨	٧٥٨	٧٩٠ و ٧٩٥	٧٨١	٨١٥
٧٣٧	٧٧٩	٧٥٩	٧٩١	٧٨٢	٨ ٥
٧٣٨	٧٨٨	٧٦٠	٧٩٦	٧٨٣	٨١٦
٧٣٩	٧٧٠	٧٦١	٧٩٥ و ٧٩٦	٧٨٤	٨١٠
٧٤٠	٧٨٠	٧٦٢	٧٩٧ و ٧٩٨	٧٨٥	٨٠٩
٧٤١	٧٨١	٧٦٤	٧٩٦	٧٨٦	٨١٧

ماده	نمره	ماده	نمره	ماده	نمره
٧٨٧	٨١٨	٨٠٨	٨٣٥	٨٣٠	٨٥٠و٨٥٣
٧٨٨	٨١٩	٨٠٩	٨٣٧	٨٣١	٨٥٤
٧٨٩	٨٢٠	٨١٠	٨٣٧	٨٣٢	٨٥٤
٧٩٠	٨٢٠	٨١١	٨٣٨	٨٣٣	٨٥٢
٧٩١	٨٢٠	٨١٢	٨٣٩	٨٣٤	٨٤٩
٧٩٢	٨٢٠	٨١٣	٨٣٦	٨٣٥	٨٥٥
٧٩٣	٨٢١	٨١٤	٨٣٦	٨٣٦	٨٥٦
٧٩٤	٨٢١	٨١٥	٨٣٩	٨٣٧	٨٥٧
٧٩٥	٨٢٢	٨١٦	٨٤٠	٨٣٨	٨٥٨
٧٩٦	٨٢٣	٨١٧	٨٤١	٨٣٩	٨٥٨
٧٩٧	٨٢٤	٨١٨	٨٤٢	٨٤٠	٨٦٣
٧٩٨	٨٢٥و٨٢٦	٨١٩	٨٤٣	٨٤١	٨٥٩
٧٩٩	٨٢٦	٨٢٠	٨٤٣ و ٨٤٤	٨٤٢	٨٦٠
٨٠٠	٧٢٧	٨٢١	٨٤٠	٨٤٣	٨٦١
٨٠١	٨٣٣	٨٢٢	٨٤٥	٨٤٤	٨٦٥
٨٠٢	٨٢٨و٨٢٩	٨٢٣	٨٤٦	٨٤٥	٨٦٤
٨٠٣	٨٢٨و٨٢٩	٨٢٤	٨٤٦	٨٤٦	٨٦٦
٨٠٤	٨٣١	٨٢٥	٨٤٨	٨٤٧	٨٦٧
٨٠٥	٨٣٢	٨٢٦	٨٤٨	٨٤٨	٨٦٨
٨٠٦	٨٢٥	٨٢٧	٨٤٩	٨٤٩	٨٦٩
٨٠٧	٨٣٤	٨٢٨	٨٥٠	٨٥٠	٨٧٠و٨٧٣
		٨٢٩	٨٥٠ و ٨٥٣	٨٥١	٨٧١

ماده	نمره	ماده	نمره	ماده	نمره
٨٥٢	٨٧٢	٨٧٤	٨٩٧ و ٨٩٩	٨٩٦	٩٢٢
٨٥٣	٨٧٤	٨٧٥	٨٩٢ و ٨٩٣	٨٩٧	٩٢٢
٨٥٤	٨٧٥	٨٧٦	٨٩٣	٨٩٨	٩٢٣
٨٥٥	٨٧٦	٨٧٧	٨٩٤	٨٩٩	٩٢٤
٨٥٦	٨٧٧	٨٧٨	٨٩٥	٩٠٠	٩٢٥
٨٥٧	٨٧٨	٨٧٩	٨٩٦	٩٠١	٩٢٦
٨٥٨	٨٧٨	٨٨٠	٩٠١	٩٠٢	٩٠٧
٨٥٩	٨٧٩	٨٨١	٩٠١	٩٠٣	٩٢٨
٨٦٠	٨٨٠	٨٨٢	٩٠٣	٩٠٤	٩٢٩
٨٦١	٨٨٢	٨٨٣	٩٠٤	٩٠٥	٩٣٠
٨٦٢	٨٨٢ و ٩٣١	٨٨٤	٩٠٥	٩٠٦	٩٣٢
٨٦٣	٨٨٥	٨٨٥	٩٠٢	٩٠٧	٩٣٣
٨٦٤	٨٨٦	٨٨٦	٩٠٦ و ٩٠٧	٩٠٨	٩١٧ و ٩٣٥
٨٦٥	٨٨٧	٨٨٧	٩٠٧	٩٠٩	٩٣٦
٨٦٦	٨٨٦	٨٨٨	٩٠٨ و ٩٠٩	٩١٠	٩٣٨
٨٦٧	٨٨٨	٨٨٩	٩١٠	٩١١	٩٣٨
٨٦٨	٨٨٩	٨٩٠	٩١١ و ٩١٢	٩١٢	٩٣٩
٨٦٩	٨٩١	٨٩١	٩١٣	٩١٣	٩٤٠
٨٧٠	٨٩١	٨٩٢	٩٣٤ ومابعد	٩١٤	٩٤١
٨٧١	٨٩٠	٨٩٣	٩٢٠	٩١٥	٩٤٢
٨٧٢	٨٨٨	٨٩٤	٩٢١	٩١٦	٩٤٣
٨٧٣	٨٩٧و٨٩٨	٨٩٥	٩٢٠ و ٩٢٣	٩١٧	٩٤٥

ماده	نمره	ماده	نمره	ماده	نمره
۹۱۸	۹۴۶	۹۳۰	۹۵۹	۹۴۳	۹۷۵
۹۱۹	۹۴۸	۹۳۱	۹۶۰ و ما بعد	۹۴۴	۹۷۵
۹۲۰	۹۴۹	۹۳۲	۹۶۳	۹۴۵	۹۷۶
۹۲۱	۹۵۰	۹۳۳	۹۶۴و ۹۶۵	۹۴۶	۹۷۸
۹۲۲	۹۵۱	۹۳۴	۹۶۶	۹۴۷	۹۷۹
۹۲۳	۹۵۲	۹۳۵	۹۶۷	۹۴۸	۹۸۰
۹۲۴	۹۵۴	۹۳۶	۹۶۸	۹۴۹	۹۸۱
۹۲۵	۹۵۵	۹۳۷	۹۶۹	۹۵۰	۳۷
۹۲۶	۹۵۶	۹۳۸	۹۷۰	۹۵۱	۷۰
۹۲۷	۹۵۷	۹۳۹	۹۷۱	۹۵۲	۷۰
۹۲۸	۹۵۸	۹۴۰	۹۷۳	۹۵۳	۷۰
		۹۴۱	۹۷۲	۹۵۴	۵۷۷
		۹۴۲	۹۷۷	۹۵۵	۹۸۲

قوانین مخصوصه